Kommentar

zur

Civilprozeßordnung

für das deutsche Reich.

Nach den Quellen bearbeitet

mit besonderer Berücksichtigung

der Gesetzgebung in Bayern, Sachsen und Württemberg

von

Otto Kleiner,

kgl. bayerischer Appellationsgerichtsrath.

I. Band.

Würzburg.

A. Stuber's Buch- und Kunsthandlung.

1878.

Druck von J. M. Richter's Buchdruckerei in Würzburg.

Meinem Freunde und Kollegen

Wilhelm Reitzmann,

königl. bayer. Appellationsgerichtsrathe.

Du hast an meiner Arbeit ein Interesse gezeigt, wie kein Anderer. Du hast die Kontroversen, die mir in mancher schlaflosen Nacht in den Sinn kamen, gern und gründlich mit mir besprochen und daher wenigstens mittelbar dazu beigetragen, wenn mein Werk seinen Zweck erreicht. Und wenn hie und da unsere Ansichten nicht harmonirten — selten war aber dies der Fall — und Du in den folgenden Blättern eine Ansicht vertreten findest, mit der Du nicht einverstanden bist, so weißt Du, daß nicht Eigensinn sondern nur meine Ueberzeugung der Grund ist, daß ich mich aber nicht für unfehlbar halte. Möge Dir diese Widmung ein Zeichen meines Dankes für Deine Theilnahme sein.

Nürnberg im Juli 1878.

Der Verfasser.

Abkürzungen.

Allgem. Begr. d. E. = Allgemeine Begründung des Entwurfs der Civilprozeßordnung von 1874.

A.D.H.G. = Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.

Bes. Begr. d. E. = Besondere Begründung des Entwurfs der Civilprozeßordnung von 1874.

Bl. f. R.A. = Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

C.P.O. = Civilprozeßordnung.

Commiss. Ber. z. Nürnb. E. = Commissionsbericht, die Ausarbeitung von Vorschlägen für eine allgemeine Gesetzgebung über den Gerichtsstand und über die Vollziehbarkeit rechtskräftiger Urtheile in den deutschen Bundesstaaten.

E. d. O.G.H. = Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Civilrechts und Civilprozesses.

E. d. R.O.H.G. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

E.G. = Einführungsgesetz.

E. e. d. C.P.O. = Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung von 1872.

G V. = Gerichtsverfassungsgesetz.

J.M.E. = Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung im Königlich Preußischen Justizministerium bearbeitet. (1871.)

Preuß. E. = Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat (1864.)

Prot. d. J.K. = Protokolle der Justizkommission des deutschen Reichstags.

Prot. z. hann. E. = Protokolle der Commission zur Berathung einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten in Hannover. (S. g. hannover'scher oder deutscher Entwurf.)

Prot. z. nordd. E. = Protokolle der Commission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung für die Staaten des norddeutschen Bundes. (S. g. norddeutscher Entwurf.)

Prot. z. Nürnb. E. = Verhandlungen der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, die in den deutschen Bundesstaaten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gegenseitig zu gewährende Rechtshülfe betreffend. (S. g. Nürnberger Entwurf eines Rechtshülfegesetzes.)

Schmidt, Vorl. = Schmidt, Vorlesungen über das im Königreich Sachsen geltende Privatrecht.

Schmitt = Schmitt, der bayerische Civilprozeß.

Wernz = Commentar zur Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern von F. Wernz.

Württemb. Com. B. = Bericht der Justizgesetzgebungs-Commission der K. d. Abg. für die Württembergische Civilprozeßordnung.

Ztschr. f. R. u. L.R. = Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht mit besonderer Rücksicht auf Bayern.

Berichtigungen zum ersten Bande.

Es ist zu korrigiren:

Seite 6 erste Zeile § 2 in „§ 3" und Gerichtsverfassung in „Civilprozeßordnung".
„ 17 Anm. 17 Ansschlag in „Ausschlag".
„ 18 Anm. 19 69 in „38".
„ 24 Zeile 6 von oben entstanden sind in „entstehen".
„ 51 Zeile 18 von oben Handlungsgeschäft in „Handelsgeschäft".
„ 65 Abs. 5 Beweisnahme in „Beweisaufnahme".
„ 74 Abs. 3 erlangt in „verlangt".
„ 75 Anm. 29 dem. in „dam".
„ 90 Zeile 18 von oben nach in „auf", Zeile 20 auf in „auch".
„ 112 Nr. 15 Mitglied in „Mitglieder".
„ 113 Anm. 33 Personalklagen in „Personenstandsklagen".
„ 116 Anm. 2 § 5 in „§ 50".
„ 118 Anm. 9 Zeile 3 von in „vor", Anm. 11 O.H.G. in „O.G.H.".
„ 122 Anm. 31 Zeile 5 dieser in „diese", § 14 Abs. 2 Zeile 2 welche nicht in „welche nur".
„ 126 § 16 Abs. 1 vorletzte Zeile Anwendung in „Anordnung".
„ 127 Z. 12 von oben Zollbevollmächtigten in „Zollvereinsbevollmächtigten".
„ 130 Abs. 4 quo ad in „quoad".
„ 132 Abs. 2 matrimonim in „matrimonium".
„ 135 Anm. 18 S. 22 in „S. 122".
„ 138 § 19 im Texte letzte Zeile geregelter in „besonders geregelter".
„ 150 Abs. 2 Kreiskasseverwaltung in „Kriegsverwaltung", Anm. 12 v. 21 in „v. 21. Dezember".
„ 154 Anm. 11 letzte Zeile Anm. 23 in „Anm. 38".
„ 158 Abs. 2 vorletzte Zeile Frachtansatz in „Frachtersatz".
„ 186 Abs. 2 Z. 2 das Reduktionsverfahren in „des Reduktionsverfahrens".
„ 189 Anm. 3 Zeile 1 der in „den".
„ 193 in § 28 letzte Zeile das Wort „gar" zu streichen.
„ 194 Zeile 14 von oben die in „der".
„ 197 Zeile 7 von unten Nachlasses in „Nachlaßgerichts".
„ 199 Anm. 10 nordd. in „Nürnb.".
„ 205 Anm. 4 hessischen in „russischen".
„ 215 Zeile 20 von oben Rüsicht in „Rücksicht".
„ 249 „ 4 von unten eine in „einer".
„ 251 „ 2 von oben in in „an".

Seite 254 Zeile 8 von oben des in „kraft“.
„ 263 „ 3 von oben wird in „tritt“.
„ 271 Anm. 5 ist beizusetzen „und 29“.
„ 281 Anm. 60 die in „das“.
„ 291 in § 52 letzte Zeile ist nach solche einzuschalten „Ermächtigung“.
„ 297 in § 54 erste Zeile die in „der“.
„ 303 Anm. 17 letzte Zeile hann. in „nordd“.
„ 313 Anm. 2 vor 58 einzuschalten „§“.
„ 315 Zeile 4 von unten zugeschriebenen in „zugeschobenen“.
„ 319 Zeile 15 von unten Legator in „Legatar“.
„ 340 Zeile 8 von oben 54 in „64“.
„ 352 in § 69 letzte Zeile Streitverkündigung in „Streitverkündung“.
„ 355 Anm. 9 Wälderndorff in „Völderndorff“.
„ 364 Anm. 2 Kortbaum in „Kurlbaum“.
„ 432 erste Zeile nach oder einzuschalten „die“.
„ 434 Anm. 1 erste Zeile an in „zu-“.
„ 435 Anm. 4 erste Zeile Unsre in „Unser“.
„ 440 § 97 Zeile 4 von oben welches in „welche“.
„ 469 § 109 Zeile 2 von oben von in „vor“.
„ 477 § 114 Zeile 4 von oben rückständigen in „rückständiger“.
„ 492 Zeile 16 von oben einer in „in eine“.
„ 502 Anm. 9 139 in „130“.
„ 510 Anm. 2 Wiederlegung in „Niederlegung“.
„ 512 Zeile 5 von oben bei in „binnen“.
„ 513 Anm. 3 Petitium in „Petitum“.
„ 538 Anm. 8 575 in „275“.
„ 556 Anm. 5 242 in „142“.
„ 579 Z. 4 von unten Insinuationsmandators in „Insinuationsmandatars“.
„ 582 Z. 11 von oben Reichskanzleiamt in „Reichskanzleramt“.
„ 588 Z. 6 von oben ihm in „ihr“.
„ 609 Anm. 3 Z. 2 d. E. in „a. E.“.
„ 613 Anm. 2 Z. 3 verweigern in „verweigere“.
„ 631 in § 193 Abs. 2 des Termins in „der Termine“.
„ 632 Anm. 4 erste Zeile gewehrt in „gewährt“.

Inhaltsverzeichniß.

Einleitung.

Art. 4 der Verfassung des deutschen Reichs bestimmt:

„Der Beaufsichtigung Seitens des Reichs und der Gesetzgebung desselben unterliegen:

13) die gemeinsame Gesetzgebung über das gesammte bürgerliche Recht, das Strafrecht, und das gerichtliche Verfahren.“[1])

Während die Einführung eines gesammten bürgerlichen Rechts, selbst nur eines deutschen Obligationenrechts, noch in der Ferne liegt, hat im Uebrigen die Nummer des Art. 4 durch die deutschen Gesetze über den Strafprozeß, den Civilprozeß und die Konkursordnung ihren Abschluß gefunden.

Zur Erlassung eines allgemeinen deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes fehlt der Reichsregierung und dem Reichstage die Zuständigkeit; dagegen mußte das Reich für zuständig erachtet werden — und dies wurde nie bestritten — diejenigen gerichtsorganisatorischen Normen festzustellen, ohne die die Ermächtigung zum Erlaß eines gemeinsamen gerichtlichen Verfahrens illusorisch war.

Der Entwurf des Gerichtsverfassungsgesetzes wurde deßhalb auf die nothwendigsten Bestimmungen beschränkt. Der preußische Justizminister Dr. v. Leonhardt erklärte selbst im Reichstage, der Gesetzentwurf sei kein Gerichtsverfassungsgesetz, er trage nur den Namen.[2])

Das Gerichtsverfassungsgesetz ist nur das Fundament, auf welchem die Prozeßordnungen aufgebaut wurden, ohne welches

---

[1]) Reichsges. v. 20. Dezember 1873, betr. die Abänderung der Nr. 13 des Art. 4 der Verf. des deutschen Reichs.

[2]) Stenogr. Ber. Bd. I. S. 289.

Fundament der Ausbau einer deutschen Civilprozeßordnung eine Unmöglichkeit war. Beide bilden aber ein unzertrennliches Ganzes.

Am 8. Mai 1871 wurde im Bundesrathe der Beschluß gefaßt zum Entwurfe einer deutschen Civilprozeßordnung eine Kommission von Juristen zu berufen und der, von dieser Kommission ausgearbeitete, vom Bundesrathe vielfach abgeänderte Entwurf, nebst dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes vom Reichskanzler am 29. Oktober 1874 dem Reichstage übergeben. Diesem Entwurfe wurde der im preußischen Justizministerium im Jahre 1871 ausgearbeitete Entwurf einer Civilprozeßordnung zu Grund gelegt aber auch der Code de procedure, die neueren Prozeßordnungen der deutschen Bundesstaaten, dann frühere Entwürfe wie der sog. Nürnberger Entwurf eines Rechtshülfegesetzes, der preußische Entwurf von 1864, der sog. hannoverische Entwurf, die selbst wieder andern Prozeßgesetzen, wie dem Württemberger Civilprozesse und dem sog. norddeutschen Entwurfe als Grundlage dienten,[3]) blieben hiebei nicht unberücksichtigt, so daß diese Gesetze und Entwürfe mit ihren Motiven, da, wo die deutsche Civilprozeßordnung mit ihnen wörtlich oder doch dem Inhalt nach, vollkommen übereinstimmt, als wesentliches Interpretionsmittel betrachtet werden müssen, weil die Präsumtion dafür spricht, daß bei Gleichlaut solcher gesetzlichen Bestimmungen auch die ratio legis dieselbe ist. Die Benützung dieses Materials zur Interpretation zweifelhafter Stellen der Civilprozeßordnung erscheint aber um so unbedenklicher, als die Begründung der Civilprozeßordnung zur Rechtfertigung ihrer eigenen Normen vielfach auf dieses Material rekurrirt, ja sogar mit dessen Motiven oft wörtlich übereinstimmt.

Auch diese Begründung selbst, sowohl die allgemeine, als die besondere zu den einzelnen Paragraphen erscheint als vorzügliches Interpretationsmaterial. Der preußische Justizminister Dr. v. Leonhardt hat zwar im Reichstage bemerkt, daß die verbündeten Regierungen die Vertretung dieser Motive nicht übernehmen, aber er hat auch das Warum? angegeben und beigefügt, weil eine Prüfung dieser Motive nicht einmal im Justizausschusse des Bundesrathes

---

[3]) Prot. z. norddd. E. S. 9.

geschweige denn im Bundesrath selbst stattgefunden hat. Er bemerkte weiter: Die Motive sind von Männern, welche den Arbeiten sehr nahe standen mit ebensoviel Sorgfalt, als Einsicht in die Verhältnisse, geordnet worden, sie erörtern den Zusammenhang zwischen Grundsätzen so wie zwischen Grundsätzen einerseits und einzelnen Folgesätzen anderseits; ich glaube, daß diese Motive für Sie ein fast unentbehrliches Hülfsmittel sein werden, wenn Sie eine eingehende Prüfung der Gesetzentwürfe in einer verhältnißmäßig nicht zu langen Zeit vornehmen wollen.[4])

Vom Reichstage wurde bekanntlich eine Kommission erwählt und der aus der Berathung dieser Kommission hervorgegangene, theilweise abgeänderte, Entwurf der Berathung im Plenum des Reichstags zu Grunde gelegt und hier en bloc angenommen. Auch die Protokolle dieser Justizkommission des Reichstags bilden ein nicht zu unterschätzendes Material zur Auslegung des Gesetzes, wenn auch zu bedauern ist, daß diese Protokolle, namentlich aus der ersteren Zeit oft so kursorisch abgefaßt sind, daß sie nur das Resultat der Abstimmung über einen Antrag enthalten, ohne Angabe der dafür und dagegen vorgebrachten Gründe. Bei dem Umstande, daß das Gerichtsverfassungsgesetz vielfache Bestimmungen enthält, die der Civilprozeßordnung wie der Strafprozeßordnung als gemeinsames Fundament dienen, entbehrt die Civilprozeßordnung vieler Aufstellungen, die sich in den Civilprozeßgesetzen der meisten deutschen Staaten finden, auch im Entwurfe der Civilprozeßordnung theilweise enthalten waren und nun im Gerichtsverfassungsgesetze stehen, aber offenbar in die Civilprozeßordnung gehören (wie die Vorschriften über einzelne Vorbereitungshandlungen für Klagen bei den Kammern für Handelssachen, die nur für die Civilprozeßordnung relevanten Bestimmungen des § 172 des G.V.G.) und ohne die ein Verständniß der Civilprozeßordnung kaum möglich ist. Um das Nachschlagen in andern Gesetzen zu vermeiden und den Gebrauch des Kommentars zu erleichtern wurden

---

[4]) Stenogr. Bericht v. 1874 S. 275. Ueber die Tragweite der Motive äußerte sich in gleicher Weise der Direktor im Reichskanzleramt v. Amsberg in der 16. Sitzung der J.K. Prot. der J.K. S. 139.

alle Bestimmungen aus dem Gerichtsverfassungsgesetze und den Einführungsgesetzen, die zum Verständniß der Civilprozeßordnung dienen, an den passenden Stellen desselben eingefügt.

Die Civilprozeßordnung beruht auf dem Prinzipe der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Richter, dazu ordnet das Gerichtsverfassungsgesetz Oeffentlichkeit dieser Verhandlung an, aber Mündlichkeit und Oeffentlichkeit erfordert nur diese Verhandlung; für alle andern Verhandlungen ist theils ein schriftliches Verfahren gestattet, theils eine mündliche Verhandlung, aber mit Ausschluß der Oeffentlichkeit, zugelassen.

Das öffentliche — mündliche Verfahren vor dem erkennenden Richter wird in der Regel durch ein schriftliches Verfahren eingeleitet.

Die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich hat auch das Princip der Verhandlungsmaxime adoptirt. Ein Instruktionsverfahren, um durch dasselbe das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniß zu erforschen ist ausgeschlossen, der Richter muß das thatsächliche Vorbringen der Parteien in so weit bei der Urtheilsfällung berücksichtigen als es ihm vorgetragen wurde.[5])

Daran wird durch die Verpflichtung des Richters durch Fragen darauf hin zu wirken, daß unklare Anträge erläutert, ungeeignete Angaben ergänzt werden, dann auf Bedenken, welche in Ansehung der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen, aufmerksam zu machen (§ 130), nichts geändert; dagegen hat die Civilprozeßordnung die mit dem mündlichen Vortrage ohnedieß kaum zu vereinigende Eventualmaxime aufgegeben.[6])

Angriffs- und Vertheidigungsmittel können bis zum Schlusse der Verhandlung noch nachgeholt werden (§§ 251—253) und selbst in der Berufungsinstanz ist dies zuläßig (§ 470). Die Civilprozeßordnung gestattet keine abgesonderten Stadien der mündlichen Verhandlung außer bei Zwischenstreiten, auch hat dieselbe eine Verbindung des Beweises mit dem Hauptverfahren angenommen, indem letzteres durch ein bedingtes oder unbedingtes Endurtheil geschlossen

---

[5]) Allgem. Begr. d. Entw. §§ 4. 5.

[6]) Allgem. Begr. § 6.

wird. Es gibt keine Beweisinterlokute; der Beweisbeschluß ist nur eine Verfügung, welcher die Aufnahme bestimmter angebotener Beweise zuläßt, er enthält keine Auflage an die Parteien nachträglich den Beweis von Thatsachen anzutreten, welche das Gericht für erheblich hält, die Parteien aber für unerheblich erachtet haben, keine Regelung der Beweislast.[7])

Das Verfahren vor den Gerichten erster Instanz weicht nur in unwesentlichen Punkten von einander ab; die Civilprozeßordnung stellt für alle gemeinsame Grundsätze auf, denen auch die Kammern für Handelssachen, die ja keine Handelsgerichte sind, sondern nur eine Abtheilung der Landgerichte bilden, zu folgen haben.

Der Kommentar hat die größeren Rechtsgebiete in Deutschland, das gemeine Recht, das preußische Landrecht, den code civil, der in Baden, in Rheinpreußen, Rheinbayern und Rheinhessen, so weit nicht spätere Gesetze Abänderungen getroffen haben, herrschendes Recht ist, das bayerische Landrecht, das württemberger Landrecht, so wie das sächsische Recht überall entsprechend berücksichtigt. Ein Eingehen auf kleinere Rechtsgebiete war nicht thunlich, denn einerseits würde hier eine Grenze, bei der aufgehört werden muß, schwer festzustellen sein, andererseits würde der Kommentar eine Ausdehnung erhalten, die mit seinem Zwecke, Erläuterung der civilprozessualen Vorschriften und nicht der civilrechtlichen, nicht wohl vereinbar ist.

Der Kommentar hat es auch vermieden in Erörterungen darüber sich einzulassen, ob nicht eine andere als die bestehende Gesetzesnorm aus legislatorischen Gründen vorzuziehen sei, von der Ansicht ausgehend, daß für den Richter nur die lex lata maßgebend sein darf und Oportunitätsrücksichten hier ausgeschlossen sind. Allerdings bestehen der Kontroversen in der Civilprozeßordnung nicht wenige, der Kommentar kann nur die Gründe pro und contra gegen einander abwägen, eine endgültige Entscheidung zu treffen ist der Praxis der Gerichte vorbehalten.

---

[7]) Allgem. Begr. § 7.

Civilprozeßordnung.

Erstes Buch.

Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt.

Gerichte.

§ 2 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Gerichtsverfassung bestimmt:

„Die Civilprozeßordnung findet auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören."

„bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten." Objekt des Civilprozesses ist der bürgerliche Rechtsstreit und ein solcher liegt vor, wenn die richterliche Hülfe zur Entscheidung über ein verletztes Privatrecht von dem Verletzten, dem Kläger, gegen den, der das Recht verletzt haben soll, den Beklagten, angerufen wird. Privatrecht ist hier im weitesten Sinne gebraucht im Gegensatze zu Administrativsachen. — Dieses Privatrecht liegt theils im geschriebenen oder nicht geschriebenen Civilrechte, theils im öffentlichen Rechte der einzelnen Länder.[1])

[1]) Privatrecht und öffentliches Recht werden in der Regel als Gegensätze gebraucht, gleichwohl berührt letzteres vielfach die Sphäre des ersteren. Das öffentliche Recht zerfällt in das Staatsverfassungs- und Staatsverwaltungsrecht und zu diesem rechnet man das Finanzrecht mit dem dazu gehörigen Besteuerungsrechte und doch wird die Entscheidung der Frage über die Steuerpflicht dem Civilrichter überlassen — vgl. II. über die Zuständigkeit der Landgerichte. Die Prägorative des Adels entstammen staatsrechtlichen Verhältnissen und doch sind

Die Festsetzung desselben ist nicht Aufgabe einer deutschen Civilprozeßordnung, vielmehr der Gesetzgebung der einzelnen deutschen Staaten die Bestimmung überlassen, was Gegenstand eines bürgerlichen Rechtsstreites sein soll.[2])

Die Civilprozeßordnung konnte sich auch nicht mit der Frage befassen, was Justiz- und Verwaltungssache ist. Der Prozeßordnung eines einzelnen Staates ist die Beantwortung dieser Frage eher möglich, der Civilprozeßordnung für das deutsche Reich nicht, weil nach den Staatseinrichtungen der einzelnen deutschen Länder in dem einen zu den Verwaltungssachen gerechnet wird, was in dem andern Justizsache ist, eine gemeinsame Gränze sich also nicht feststellen läßt. Das zu thun ist Sache der Behörden und Gerichte der einzelnen Länder.[3])

Ein bürgerlicher Rechtsstreit setzt voraus, daß ein Privatrecht verletzt wurde, wobei es aber gleichgültig ist, ob das verletzte Rechtsverhältniß als direktes oder abgeleitetes in Betracht kommt. Wer gekauft hat und das Rechtsgeschäft selbst, den Kaufabschluß zugibt, aber die Zahlung verweigert, der verletzt das aus dem Kaufsvertrage abgeleitete Recht des Klägers auf Bezahlung des Kaufpeises.

Auch die Verweigerung etwas zu thun was ein Anderer verlangen kann, die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit ist eine Rechtsverletzung für den Letzteren. Wo eine Rechtsverletzung fehlt, da gibt es auch keinen bürgerlichen Rechtsstreit. Deßhalb können Arrest und einstweilige Verfügungen nicht als bürgerlicher Rechts-

---

derartige Ansprüche bei dem Civilgerichte geltend zu machen — vgl. zu § 12 Anm. 10. Auch die Klage gegen den Staat oder eine Behörde auf Instandsetzung einer res publica — vergl. Seuffert Archiv Bd. XXV. Nr. 128 — berührt nicht das eigentliche Privatinteresse des Einzelnen. Ueber die Rechtmäßigkeit einer Verhaftung und Gefangenhaltung entscheidet bei Entschädigungsansprüchen hieraus in Sachsen der Civilrichter. Ges. v. 28. Januar 1835, die Competenzverhältnisse betr. § 7. Schmidt, Vorl. Bd. I. S. 482.

[2]) Dieser Grundsatz wurde von der Justizkommission des Reichstags anerkannt. Prot. d. J.K. S. 23.

[3]) In der Regel bestehen zur Entscheidung dieser Frage besondere Kompetenzkonfliktshöfe.

streit im gewöhnlichen Sinne, sondern nur als eine ganz besondere Art solcher betrachtet werden, denn erstere ist nichts als eine antizipirte Exekution zur Sicherheit der Realisirung eines schon geltend gemachten oder erst noch geltend zu machenden Anspruchs,[4]) die einstweiligen Verfügungen aber sollen dafür sorgen, daß nicht durch Veränderung des bestehenden Zustandes das Recht der Partei erschwert oder vereitelt wird, oder es soll ein streitiges Rechtsverhältniß einstweilen geregelt werden.[5])

Arrest wie einstweilige Verfügungen haben mit der Entscheidung derjenigen Rechtsverletzung, auf die sie sich selbst stützen, nichts zu schaffen, wenn auch gewisse Verhandlungen zwischen den Parteien stattfinden, diese formell in der Prozeßordnung geregelt sind und materiell ein berechtigter oder unberechtigter Eingriff in die Verfügungsrechte des Arrestbeklagten vorliegt.

Wenn dagegen zwei verschiedene Personen ein zwischen ihnen bestehendes Rechtsverhältniß ohne richterliche Hülfe regeln, es festsetzen, ohne es zu bestreiten, existirt kein „bürgerlicher Rechtsstreit". Die Auseinandersetzung einer Verlassenschaft und andere Akte der s. g. „freiwilligen Gerichtsbarkeit" können nicht zugleich Akte der „streitigen Rechtspflege" sein.

„welche vor die ordentlichen Gerichte gehören." Das Gerichtsverfassungsgesetz unterscheidet zwischen ordentlichen und besonderen Gerichten[6]) und bezeichnet als die ersteren diejenigen, für welche die Bestimmungen der Prozeßordnungen die geeignete Richtschnur bilden, während dies bei den besondern Gerichten nicht der Fall ist.[7])

Der Unterschied beider liegt aber auch in ihrer Zuständigkeit, denn die ordentlichen Gerichte können nach Umständen über alle

---

[4]) §§ 796—798, 806. Richtiger würde in § 797 vor dem Worte „Urtheils" eingeschaltet sein „erlassenen oder noch zu erlassenden," vergl. zu § 797.

[5]) §§ 814—819. Nicht zu verwechseln ist hiemit die Sicherstellung eines noch nicht existirenden Rechts. Wenn das Recht auf Sicherstellung einer Forderung, auch wenn sie noch nicht fällig ist, behauptet aber verweigert wird, so entsteht ein Rechtsstreit über das verletzte Recht auf Sicherstellung.

[6]) Die gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen forum (nicht judicium) ordinarium und extraordinarium hat eine andere Bedeutung. Vergl. § 12.

[7]) Allgem. Begr. d. Entw. d. G.V.G. unter I, 1.

bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten entscheiden, während die besondern nur für eine bestimmte Klasse von Rechtsstreitigkeiten zuständig sind.

§ 12 des G.V.G. bestimmt:

„Die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit wird durch Amtsgerichte und Landgerichte, durch Oberlandesgerichte und durch das Reichsgericht ausgeübt.“

Dann § 59:

„Bei den Landgerichten werden Civil- und Strafkammern gebildet.“

Endlich § 100 Abs. 1:

„Soweit die Landesjustizverwaltung ein Bedürfniß als vorhanden annimmt, können bei den Landgerichten für deren Bezirke oder für örtlich abgegrenzte Theile derselben Kammern für Handelssachen gebildet werden.“

Ordentliche Gerichte erster Instanz sind demnach nur die Amtsgerichte und die Landgerichte. Ihre Zuständigkeit wird im Allgemeinen durch § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes geregelt, indem dieser bestimmt:

„Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (und Strafsachen), für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind.“

Die Zulässigkeit der letzteren fixirt § 14 des Gerichtsverfassungsgesetzes.

„Als besondere Gerichte werden zugelassen.

1. **Die auf Staatsverträgen beruhenden Rheinschiffahrts- und Elbzollgerichte;**
2. **Gerichte, welchen die Entscheidung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten bei der Ablösung von Gerechtigkeiten oder Reallasten, bei Separationen, Konsolidationen, Verkoppelungen, gutsherrlich-bäuerlichen Auseinandersetzungen und dergleichen obliegt;**
3. **Gemeindegerichte, insoweit denselben die Entscheidung über vermögensrechtliche Ansprüche obliegt, deren Gegenstand**

in Geld- oder Geldeswerth die Summe von sechzig Mark nicht übersteigt, jedoch mit der Maßgabe, daß gegen die Entscheidung der Gemeindegerichte innerhalb einer gesetzlich zu bestimmenden Frist sowohl dem Kläger wie dem Beklagten die Berufung auf dem ordentlichen Rechtsweg zusteht, und daß der Gerichtsbarkeit des Gemeindegerichts, als Kläger oder Beklagter, nur Personen unterworfen werden dürfen, welche in der Gemeinde den Wohnsitz, eine Niederlassung oder im Sinne der §§ 18, 21 der Civilprozeßordnung den Aufenthalt haben;

4. Gewerbegerichte.

Die Zuständigkeit der Gewerbegerichte ist nicht auf die in § 108 der Gewerbeordnung aufgeführten Fälle [8]) beschränkt, sie kann erweitert und das Gericht lediglich mit Laien als Richtern besetzt werden. [9])

Die in § 108 der Gewerbeordnung zugelassenen Schiedsgerichte hat das Gerichtsverfassungsgesetz nicht besonders erwähnt. Als reichsrechtliche Rechtsinstitute bestehen sie ohnedieß fort.

Erster Titel.

Sachliche Zuständigkeit der Gerichte.

§ 1.

Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wird durch das Gesetz über die Gerichtsverfassung bestimmt.

Nach dem System des Gerichtsverfassungsgesetzes sind die regelmäßigen Gerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die Landgerichte als Kollegialgerichte. [1])

Die Zuständigkeit der Amtsgerichte wird nur als eine ausnahmsweise betrachtet und damit gerechtfertigt, daß eine Sache

---

[8]) Siehe zu § 1 Ziff. 2 b.

[9]) Prot. d. J.K. S. 126.

[1]) In § 4 des hannover'schen Entwurfs wurde dieser Grundsatz bestimmt ausgesprochen. Prot. hiezu S. 357—359. Allgem. Begr. d. Entw. d. G.V.G. Stenogr. Berichte 1874/75 Bd. III S. 16.

einer Beschleunigung bedarf, die bei dem Verfahren vor den Landgerichten nicht möglich ist, oder daß eine Sache so einfacher und geringfügiger Natur ist, daß es sich nicht rechtfertigen läßt, ein Kollegialgericht damit zu beschäftigen, oder behufs Ersparung der damit verbundenen unverhältnißmäßigen Kosten, oder im Interesse des Verkehrs, einer nothwendigen Besichtigung durch den nächsten Richter, der deshalb auch als der tauglichste zur Urtheilsfällung erscheint.

„Sachliche Zuständigkeit.“ Die Zuständigkeit eines Gerichts zu bestimmen ist Sache des öffentlichen Rechts, die Parteien können sich über den Gerichtsstand willkürlich einigen, über die „Zuständigkeit“ der Gerichte selbst aber keine Bestimmung treffen. Wie die Unzuständigkeit der Gerichte eine sachliche oder örtliche ist (vergl. zu § 38), so ist auch die Zuständigkeit eine örtliche oder sachliche[2]) und unter letzterer versteht man das Verhältniß, durch welches die Zuständigkeit der einzelnen Gerichte erster Instanz *unter* sich für die einzelnen Rechtsstreitigkeiten, der Wirkungskreis des einen Gerichts gegenüber dem anderen festgestellt wird, die Vertheilung der Rechtsstreitigkeiten unter die *ihrer Art nach verschiedenen* Gerichte, während die örtliche Zuständigkeit den Inbegriff der Thatsachen bildet, durch die bedingt ist, welches der angeführten Gerichte ohne *Rücksicht auf die Art desselben* (ob Amts- oder Landgericht) zu entscheiden hat.[3])

Hienach wird die Zuständigkeit der Amtsgerichte festgestellt entweder durch den Werth des Klagegegenstandes oder durch die besondere Beschaffenheit desselben, wonach einzelne Klagsachen den Amtsgerichten ohne Rücksicht auf den Werth des Klagegegenstandes zugetheilt, andere ihrer Zuständigkeit entzogen sind oder noch entzogen werden können,[4]) trotzdem sie mit Rücksicht auf ihren Werth ihnen unterworfen wären.

---

[2]) *Schmitt* § 79 unterscheidet gleichfalls zwischen *gegenständlicher* und *territorialer* Competenz.

[3]) Deshalb kann man auch nur von einem persönlichen Gerichtsstand, aber nicht von einer persönlichen Zuständigkeit, die der sachlichen gegenüberstände, sprechen.

[4]) § 70 d. G.V.G.

I.

In § 23 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung wird ausgesprochen:

Die Zuständigkeit der Amtsgerichte umfaßt in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, soweit dieselben nicht ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes den Landgerichten zugewiesen sind:

1. Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswerth die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt.

„vermögensrechtliche Ansprüche." Unter vermögensrechtlichen Ansprüchen sind nicht blos die auf Bezahlung einer Geldsumme gerichteten oder durch die eine Entschädigungsforderung geltend gemacht werden will und ähnliche zu verstehen, sondern auch diejenigen, die auf Herausgabe einer Sache, deren Werth in Geld angeschlagen werden kann, gerichtet sind. Dies geht schon aus der Alternative „Geld oder Geldeswerth" hervor. Man muß hier von dem Grundsatze ausgehen, daß, weil die Amtsgerichte ausnahmsweise bei Ansprüchen von geringerem Werthe zuständig sind, diese Ausnahme auch streng zu beobachten ist, und daß daher bei allen Klagen, wo es sich nicht um vermögensrechtliche Ansprüche handelt, die Amtsgerichte nicht zuständig, also ausgeschlossen sind, wo der Klagsgegenstand nur einen idealen, aber keinen „in Geld anzuschlagenden Werth" repräsentirt.[5])

Der Ausdruck „vermögensrechtliche Ansprüche" kommt öfter vor, so in den §§ 24, 40, 508 Abs. 1 der C.P.O., § 5 des Einführungsgesetzes zur C.P.O. Was darunter zu verstehen ist, wird aber nicht gesagt. Was „Vermögen" und „Vermögensrecht" ist, kann überall nur das Landesrecht entscheiden, selbst auf die

---

[5]) Hieher gehört z. B. die actio ad exhibendum auf Vorzeigen eines Gegenstandes, auf Gestattung der Einsicht von Geschäfts- und Handelsbüchern, Klagen auf Herausgabe von Testamenten, von Familienpapieren, auf Entschädigung vorbehaltlich der Liquidation, soferne nicht durch richterliches Ermessen der Schaden annähernd bestimmt werden kann, die Klage auf Vornahme einer Handlung kann einen vermögensrechtlichen Anspruch repräsentiren. Bes. Begr. d. E. zu §§ 718—722.

Gefahr hin, daß dadurch die Zuständigkeit der Gerichte in Deutschland einigermaßen eine verschiedene wird. Auch was Nutzungen, was unbewegliche Sachen sind, entscheidet das bürgerliche Recht (§§ 4, 25) und davon hängt die Zuständigkeit ab, obgleich der Unterschied in den einzelnen Bundesstaaten ein nicht unbedeutender ist.[6])

Zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehören dingliche wie persönliche Immobiliarklagen (actiones in rem scriptae, § 27), wenn der Streitgegenstand nicht über 300 Mark werth ist,[7]) also auch Streitigkeiten über reale Gewerbe, — Klagen aus Handelsgeschäften (Art. 271—276 des Handelsgesetzbuchs) ohne Rücksicht, ob die Parteien Kaufleute sind oder nicht und ob auf einer oder auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft vorliegt,[8]) aus Wechselforderungen und den in den Artikeln 301, 302, 304 des deutschen Handelsgesetzbuchs bezeichneten indossabeln Urkunden. Auch die kaufmännischen Anweisungen nach dem bayerischen Gesetze vom 29. Juni 1851 gehören hieher. Handelt es sich um die Herausgabe solcher Werthpapiere oder Schuldscheine, so kann gleichfalls nur der durch die sie repräsentirte Werth für die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts maßgebend sein. Durch die Herausgabe soll verhindert werden, daß derartige Papiere nicht noch einmal von dem Besitzer oder einem Rechtsnachfolger gegen den Aussteller geltend gemacht werden und dieses Interesse des Ausstellers ist nothwendig gleich dem Betrage der durch den Schuldschein u. dgl. dokumentirten Forderung.[9])

Auch die Klage wegen Ungültigkeit eines Testaments gehört vor die Amtsgerichte, wenn die Bekämpfung seiner Wirksamkeit

---

6) Vergebens bemüht sich deshalb Puchelt C.P.O. S. 154—155 darzuthun, daß das preußische Recht zu entscheiden habe, was „vermögensrechtliche Ansprüche" sind.

7) Bes. Begr. d. E. d. G.V.G. zu § 12.

8) Vergl. die Bemerkungen über die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen unter II, B.

9) Urtheil des O.G.H. in München v. 1. April 1874 in E. d. O.G.H. Bd. IV S. 715.

nur auf einen Streitgegenstand bis zu dreihundert Mark Einfluß äußert.[10])

Ist das Amtsgericht auch zuständig, wenn die Herausgabe von Früchten eines Grundstückes auf Grund der Ziff. 1 verlangt wird und der Beklagte behauptet, Eigenthümer des über dreihundert Mark werthen Grundstücks zu sein, wenn bei der Klage einer Ehefrau auf Alimente die Gültigkeit der Ehe bestritten, wenn bei Einklagung einer Ratenzahlung einer Forderung, welch' letztere mehr als dreihundert Mark beträgt, die Existenz der Forderung negirt, überhaupt wenn die Existenz einer Forderung von dem Bestehen eines bestrittenen Rechtsverhältnisses, zu dessen Entscheidung das Amtsgericht nicht zuständig ist, abhängt? Die Frage ist zu verneinen.

Offenbar präjudicirt hier die Existenz des Rechtsverhältnisses, durch das die Forderung bedingt ist, dem Klaganspruche; so lange das Rechtsverhältniß nicht anerkannt ist, kann die Klage auf Zuerkennung des davon abhängigen Klagegegenstandes nicht entschieden werden. Auf diese Anerkennungsklage ist § 253 anzuwenden, die Präjudicialincidentklage ist aber wie eine Wiederklage zu behandeln (§ 467).[11])

In den angeführten Fällen entscheidet dann das Landgericht zugleich über die ursprünglich beim Amtsgerichte erhobenen und an und für sich dahin gehörigen Klagepunkte.

2. ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes:

a) **Streitigkeiten zwischen Vermiethern und Miethern von Wohnungs- und anderen Räumen wegen Ueberlassung, Benutzung und Räumung derselben, sowie wegen Zurückhaltung der vom Miether in die Miethsräume eingebrachten Sachen.**

---

[10]) Wenn Testamentserben, die zugleich Intestaterben sind, wegen Auszahlung eines Legats von dreihundert Mark belangt werden und die Einrede der Nichtigkeit des Testaments vorschützen E. d. O.G.H. Bd. V S. 258. — Hier ist nicht von einer Klage wegen des Erbrechts die Rede.

[11]) Vergl. § 33 u. § 253.

Auf Pachtverhältnisse findet diese Bestimmung nicht Anwendung.[12])

Während der Entwurf die Zuständigkeit der Amtsgerichte bei allen Klagen, denen das Miethsverhältniß zu Grunde liegt, für gegeben erachtete, hat das Gesetz in Folge der Beschlüsse der Justizkommission des Reichstags die Zuständigkeit der Amtsgerichte bei Klagen aus Miethsverhältnissen ohne Rücksicht auf die Größe der Forderung auf die oben angeführten Fälle beschränkt. Es gehören also Streitigkeiten darüber, ob überhaupt ein Miethsverhältniß besteht, über Reperaturkosten, rückständigen Miethzins und dergleichen nur vor die Amtsgerichte, wenn der Klagegegenstand unter Ziffer 1 fällt. Ohne Einfluß dagegen ist auf die Zuständigkeit der Amtsgerichte, ob die Klage während der Dauer des Miethverhältnisses oder nach Auflösung desselben gestellt wird. Eine Unterscheidung, welche der Entwurf enthielt, wurde absichtlich abgelehnt.

Das Gesetz spricht von „Wohnungs- und anderen Räumen". Aus diesem Gegensatze geht hervor, daß der vermiethete Raum das entscheidende Merkmal für die Zuständigkeit des Gerichts bildet, daß aber diejenigen Miethsverhältnisse, bei denen der Raum die Nebensache bildet, nicht hieher gehören. Demnach sind unter Ziff. 2 zu subsumiren auch möblirte Wohnungen, ferner Gewölbe, Keller, Läden mit und ohne Ladeneinrichtung, Scheunen, Ställe und dergleichen, nicht aber Brauereien, Mühlen, Fabriken mit ihrer Einrichtung; denn hier ist die Einrichtung, die mit ihrem Betrieb zur Benützung überlassen wird, die Hauptsache, das Gebäude selbst Nebensache. Auch wird in solchen Fällen richtiger von Pacht als von Miethe gesprochen. Wohl aber sind Grundstücke, die ohne daß sie Früchte tragen lediglich zur räumlichen Benützung gemiethet werden, hieher zu rechnen.[13]) Gepachtet ist

---

[12]) Bes. Begr. z. G.V.G. a. a. O.

[13]) Weiske, Rechtsl. Bd. VII S. 736 wird bemerkt: der Unterschied zwischen Pacht und Miethe beruht eben auf der Verschiedenheit der Benützung des Objekts. Besteht diese ausschließlich oder doch vorzugsweise in der Beziehung von Früchten oder Einkünften, so redet man von Pacht, wo dieses aber nicht der Fall ist, von Miethe. Ebenso Suitenis

ein Grundstück, wenn es Früchte liefert und diese dem colonus überlassen werden.

Es fallen daher unter die Bestimmung „andere Räume“ Zimmerplätze, Holzhöfe, Plätze zum Ablagern von Steinkohlen, wie sie an den meisten Bahnhöfen bestehen, von Steinen, zum Aufbewahren von Futtervorräthen,[14]) einerlei, ob sie durch Zäune abgegrenzt sind oder nicht.

Das Gesetz spricht auch allgemein von „Räumen“, ohne zwischen beweglichen und unbeweglichen zu unterscheiden; es gehören daher auch erstere hieher, wie die auf Messen und Märkten oft zu sehenden, zerlegbaren und transportablen Wohnungen, Schiffe insofern sie nur als Schiffsräume in Betracht kommen, also nicht Dampfschiffe, ja selbst Eisenbahnwaggons können unter gewissen Voraussetzungen hieher gerechnet werden.[15])

Auch der Grund des Gesetzes spricht für die Zuweisung aller Klagen wegen Benützung, Ueberlassung und Räumung von gemietheteten mobilen Räumen ohne Rücksicht auf die Größe der Forderung an die Amtsgerichte. A. miethet von dem Schiffsbesitzer B. in Frankfurt a. M. eine Anzahl leerer Schiffe zu einem Viehtransport mainabwärts um mehr als dreihundert Mark, B. verweigert, als A. mit dem Transport in Frankfurt ankommt, die Ueberlassung der Schiffe. Soll A. auf die Gefahr hin, von

---

Civilrecht Bd. II S. 654: „die Benennung Pacht wird da gebraucht, wo Früchte oder sonstige feste Einkünfte Gegenstand des Kontraktes sind, namentlich also Grundstücke, die nicht blos in Gebäuden und unfruchtbaren Plätzen bestehen.“ Hiemit stimmt das sächsische bürg. G. § 1187 vollständig überein, ebenso das Preuß. L.-R. Förster P.-R. Bd. II S. 179 insbes. Anm. 3. Code civil Art. 1713.

[14]) Die entgegenstehende Ansicht von Wernz Comm. z. bayer. Pr.-O. Bd. I S. 26 beruht auf der Entstehungsgeschichte der bayer. P.-O. Der norddeutsche Entwurf § 11, II 1 hat die „Räumung eines vermietheten Lokals“ aufgeführt.

[15]) Bei den Eisenbahnen wird in der Regel für weitere Benützung der Waggons nach beendigtem Transport eine Waggonmiethe nach reglementmäßig festgesetzten Normen berechnet. Der vertragsmäßige Vermiether sowie die Größe des Miethzinses ist hier durch das Reglement im Voraus ebenso genau bezeichnet wie der Adressat, welcher die Waare annimmt, nach dem Reglement als Miether erscheint.

dem unvermögenden B. keine Entschädigung zu erhalten, sein Vieh einstweilen einstellen und den Anwaltsprozeß bei dem Landgerichte beginnen? Wenn aber A. eine Scheune gemiethet hat, um darin sein Vieh unterzubringen und dies wird ihm verweigert, ist ohne Rücksicht auf den Miethzins das Amtsgericht zuständig, und doch handelt es sich in beiden Fällen nur um Aufnahme der Thiere und ist Beschleunigung geboten.

Solche Inkonsequenzen darf man keinem Gesetze zumuthen. Wo die ratio legis dieselbe ist, muß auch die Anwendung die gleiche sein.

Ist ein Miethsverhältniß vorhanden, welchem theilweise Pacht, theilweise Miethe zu Grunde liegt,[16]) so ist wieder auf die Frage zu rekurriren, ob der vermiethete Raum die Hauptsache bildet. Bei nicht unentgeltlich überlassener Benützung eines großen Gartens mit einem kleinen Gartenhause kann nur von Pacht, dagegen bei gleicher Benützung eines Wohnhauses mit verbundenem kleinen Gärtchen nur von Miethe die Rede sein.[17])

Wenn daher beim Pachte eines Anwesens auch Gebäude zur Benützung übergeben wurden, ist die Zuständigkeit der Amtsgerichte auf Grund der Ziffer 2, a unbedingt ausgeschlossen, wo es sich nur um diese Gebäude handelt.[18])

„wegen Zurückhaltung der vom Miether eingebrachten Sachen.“ Wenn diese nicht Eigenthum des Miethers sind und die Herausgabe derselben von einem Andern angestrebt wird, tritt die gewöhnliche Zuständigkeit der Gerichte ein, wohl aber bleibt das Amtsgericht zuständig, wenn zwischen Miether und Vermiether ein Rechtsstreit über die eingebrachten Sachen besteht und ein Dritter als Hauptintervenient in den Streit eintritt (§ 61).

Unberührt bleiben durch die Bestimmungen der Ziffer 2, a alle mit derselben nicht im Widerspruche stehenden polizeilichen

---

[16]) Vergl. Note 13.

[17]) Preuß. L.R. Th. I Tit. 21 § 260 ist ausdrücklich ausgesprochen, daß die Hauptsache den Ausschlag gibt.

[18]) Wernz a. a. O. z. B. wegen Räumung eines solchen Gebäudes behufs Vergrößerung der Lokalitäten. Dagegen Schmitt Bd. I S. 163.

Vorschriften einzelner deutscher Bundesstaaten,[19]) auch wird dadurch dem Vermiether kein Retentionsrecht an den Sachen des Miethers eingeräumt, wo es nicht civilrechtlich besteht.

Die Bestimmungen der Ziffer 2, a sind als Ausnahme von den gewöhnlichen Zuständigkeitsregeln streng zu interpretiren und hiernach gehören nur Klagen hieher, bei denen der Vermiether und Miether selbst die Parteien sind. Gleichwohl müssen auch Klagen unter Ziff. 2, a fallen, wenn die Rechtsnachfolger der einen oder anderen Partei oder auch beider Parteien die Streitenden sind. Der Entwurf wurde auf die drei im Gesetze aufgenommenen Fälle beschränkt, weil nur bei diesen schleunige Erledigung nothwendig sei,[20]) und doch werden diese Fälle am häufigsten eintreten, wenn Vermiether oder Miether mit Tod abgehen oder Häuser verkauft werden.

b) **Streitigkeiten zwischen Dienstherrschaft und Gesinde, zwischen Arbeitgebern und Arbeitern hinsichtlich des Dienst- und Arbeitsverhältnisses, sowie die in § 108 der Gewerbeordnung bezeichneten Streitigkeiten,[21]) insofern dieselben während der Dauer des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses entstehen.**

Unter „Streitigkeiten" sind nicht „Klagen" zu verstehen, sondern die der zu stellenden Klage zu Grunde liegenden thatsächlichen Verhältnisse; d i e s e müssen während der Dauer des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses entstanden sein, wenn ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes das Amtsgericht zuständig sein soll. In diesem Falle kann aber die Klage auch nach Aufhören eines der genannten Verhältnisse bei dem Amtsgerichte erhoben werden. Unter Streitigkeiten hinsichtlich des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses fallen alle, deren a l l g e m e i n e

---

[19]) Art. 69 des bayer. Polizeistrafgesetzbuchs.

[20]) Prot. der J.K. z. G.V.G. S. 176.

[21]) Wenn nicht die in Rheinpreußen und Elsaß-Lothringen bestehenden oder sonst noch durch Landesgesetzgebung aufzustellenden Gewerbegerichte zuständig sind. Es kann hiefür ein ausschließlicher Gerichtsstand bestimmt werden. E.G. z. G.V.G. § 3 vergl. mit E.G. z. C.P.O. § 3.

Grundlage ein solches Verhältniß bildet, ohne Unterschied des besonderen Grundes der Streitigkeit.

In dieser Weise haben die Motive sich zum Entwurfe bezüglich des unter a angeführten Miethsverhältnisses ausgesprochen. Bei Gleichheit des Grundes für beide Bestimmungen des Gesetzes muß der Ansicht der Motive auch bei den Dienstverhältnissen Rechnung getragen werden, da sie ohnedies richtig ist. Hieraus folgt aber nicht, daß dem Gesetze eine beliebige Ausdehnung auf alle während des Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern entstandenen Forderungen gegeben werden darf. Entspringen solche nicht dem kontraktlichen Verhältnisse, wie Entschädigungsforderungen der Arbeiter für während der Arbeit erlittene Verletzungen, so gehören sie nicht hieher. Zu dem „Gesinde" zählen die Personen, welche bei dem Betriebe eines Handelsgeschäftes Gesindedienste verrichten, wie Packer, Auslaufer, nicht aber Handlungsdiener.[22])

Die Ausdrücke „Arbeitgeber" und „Arbeitnehmer" umfassen in ihrer Allgemeinheit nicht nur Fabrikanten, Gewerbemeister und derartige Personen einerseits, sowie Gesellen anderseits, sondern unter Arbeitgeber ist jede physische oder juristische Person zu verstehen, die einer andern Person die direkte Ausführung einer Arbeit überträgt, Eisenbahngesellschaften so gut wie jeder Gewerbemeister, während als Arbeiter jede physische Person erscheint, der eine bestimmte Leistung zur direkten Ausführung übertragen wurde; es gehören also hieher: Taglöhner, Packträger, Lohnbediente, Holzmacher, Handlanger, auch Kellner sind hieher zu zählen, wenn man sie nicht zu Gewerbegehilfen des Wirths[23]) oder zu dem Gesinde rechnen kann.

Streitigkeiten zwischen Schiffsherrn und der Mannschaft auf Schiffen, welche nur zur Schifffahrt auf Flüssen, Kanälen und Binnenseen benützt werden, fallen gleichfalls unter Ziff. 2, b, da das Verhältniß zwischen ihnen immer das des Arbeitgebers und Arbeitnehmers oder der Dienstherrschaft und des Gesindes

---

[22]) A. D. H.G. Art. 65.

[23]) Vergl. die folgende Anmerk. 26 a. E.

ist, nicht aber Streitigkeiten aus dem Heuervertrage zwischen Schiffern und Matrosen auf Seeschiffen, denn wenn auch hier zwischen Schiffern und Schiffsmannschaft ein Miethsverhältniß besteht, das große Aehnlichkeit mit dem Verhältnisse zwischen Dienstherrschaft und Gesinde hat,[24]) so ist es doch nicht das gleiche, da dem Schiffer eine weit höhere Gewalt über die Mannschaft eingeräumt ist, als der Dienstherrschaft gegenüber dem Gesinde. Es sind deshalb derartige Rechtsverhältnisse als zum Seerecht gehörig den Landgerichten und beziehungsweise Kammern für Handelssachen überwiesen,[25]) wenn nicht das Amtsgericht nach Ziff. 1 dieses Paragraphen zuständig ist.

Die hieher gehörige Bestimmung des § 108 der Gewerbeordnung lautet:

Streitigkeiten der selbständigen Gewerbetreibenden mit ihren Gesellen, Gehülfen[26]) oder Lehrjungen, die sich auf den Antritt, die Fortsetzung oder Aufhebung des Arbeits- oder Lehrverhältnisses, auf die gegenseitigen Leistungen während der Dauer desselben, oder auf die Ertheilung oder den Inhalt der in den §§ 113

---

[24]) Mittermaier, deutsch. Priv.-R. 7. Aufl. § 544. Beseler, Syst. deutsch. Priv.-R. § 251, V. Für Deutschland ist das Verhältniß durch das Reichsgesetz vom 27. Dez. 1872, die Seemannsordnung, geregelt, anders aber verhält sich die Sache, wenn ausländische Schiffe sich längere Zeit in deutschen Häfen aufhalten und die §§ 18, 21, oder 29, 32 zur Anwendung kommen können. Hier sind sowohl bei Klagen der Schiffsmannschaft unter sich als gegen den Schiffer, sowie bei Klagen zwischen diesen und anderen Personen, je nach dem Klagegegenstand, die nach der Civilprozeßordnung zuständigen Gerichte anzurufen. Vergl. auch § 13 Anm. 9.

[25]) Allg. Begr. d. G.V.G. § 3 a. E. No. 3, vergl. auch die nachfolgenden Bemerkungen über die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen II, B. III, g.

[26]) Die s. g. Heimarbeiter, die in den von ihnen gemietheten Lokalitäten nach der Stückzahl und nach dem hiefür vereinbartem Preise arbeiten und denen vom Arbeitgeber das Material und Werkzeug geliefert wird, sind als Arbeiter zu betrachten, §§ 134, 136 des Gewerbegesetzes. Zu den Gewerbsgehülfen gehören u. A. Braumeister, E. d. R.O.H.G. Bd. IX S. 306, Köche in Wirthschaften, eben daselbst Bd. X S. 297. (Anderer Ansicht ist der O.G.H. zu München in seinem Urtheile v. 22. Dez. 1875, E. d. O.G.H. Bd. V S. 900.)

und 124 erwähnten Zeugnisse[27]) beziehen, sind, soweit für diese Angelegenheiten besondere Behörden bestehen, bei diesen zur Entscheidung zu bringen.[28])

Diese Behörden bilden nach der kategorischen Bestimmung einen ausschließlichen Gerichtsstand, das Amtsgericht wird nur bei dem Mangel solcher Behörden zuständig.

Wie übrigens wohl kaum der Erwähnung bedarf, ist durch die Aufnahme des § 108 der Gewerbeordnung die Bestimmung derselben, daß Streitigkeiten der in diesem Paragraphen bezeichneten Art vor Betretung des Rechtswegs da, wo Gewerbegerichte nicht bestehen, durch die Gemeindebehörde oder das durch Ortsstatut an deren Stelle getretenes Schiedsgericht[29]) zu entscheiden sind,[30]) nicht aufgehoben.[31])

An civilrechtlichen Bestimmungen sollte durch die Bezugnahme auf § 108 der Gewerbeordnung nichts geändert werden und namentlich nicht ein Klagerecht wegen der angeführten Zeugnisse da geschaffen werden, wo ein solches partikularrechtlich nicht besteht.[32])

---

[27]) Abgangszeugnisse für Gesellen und Gehülfen, dann Zeugnisse für die Lehrlinge nach Auflösung des Lehrverhältnisses über die Dauer der Lehrzeit, die erworbenen Kenntnisse und Fertigkeiten, sowie Betragen.

[28]) S. Anmerk. 21.

[29]) E. d. O.G.H. Bd. V S. 898 ist ausgesprochen, daß die Entschädigungsklage eines Gewerbegehülfen gegen seinen Dienstherrn nach eingetretener und beiderseits aufrecht erhaltener Lösung des Dienstverhältnisses, nicht vor die Gemeindebehörde, sondern je nach der Größe der Forderung sofort vor das Amts- oder Landgericht gehört. (Die Streitigkeit ist nicht „während der Dauer" des Arbeitsverhältnisses entstanden.)

[30]) Es ist nicht einmal eine sofortige Prorogation auf die Gerichte zulässig. E. d. Ob.-Trib. zu Stuttgart vom 8. Dez. 1876. E. d. R.O.H.G. Bd. XXI S. 16. Der Gerichtsstand ist ein ausschließlicher.

[31]) § 13 des E.G. z. C.P.O. Zur Betretung des Rechtsweges genügt, wenn die Gemeindebehörde sich für inkompetent erklärt hat, auch wird nicht gefordert, daß eine Beschwerde an die der Gemeindebehörde vorgesetzte Stelle stattfinde, E. d. R.O.H.G. Bd. IX S. 309.

[32]) Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 177. Aus dieser Stelle geht auch klar hervor, daß der ganze Inhalt des § 108 der Gewerbeordnung in § 23 Abs. 2 des G.V.G. aufgenommen werden sollte.

„während der Dauer“. Hierunter ist sowohl das faktische als das rechtliche Fortbestehen des Verhältnisses zu verstehen. Das Vorhandensein der einen oder der anderen Richtung genügt zur Begründung der Zuständigkeit der Amtsgerichte.

Zu Ziff. 2, a ist über die im Gesetze gestrichenen Worte „so lange dieses (Miethsverhältniß) noch besteht“, in den Motiven bemerkt, hierunter sei zu verstehen: „so lange das Miethsverhältniß thatsächlich oder rechtlich noch nicht aufgehört hat.“ Es ist kein Grund vorhanden anzunehmen, daß der Gesetzgeber bei dem folgenden Absatz eine andere Ansicht gehabt habe, wie bei dem vorhergehenden. Nur das Entstehen des Klaggrundes muß in die Zeit des Fortbestandes des gegenwärtigen Verhältnisses fallen, nicht aber die Anstellung der Klage. Das Gesetz will überhaupt eine schnelle Erledigung der Forderungen aus dienstlichen oder gewerblichen Verhältnissen. Es gehört also hieher die Klage des während der vertragsmäßigen Dienstzeit entlassenen Arbeiters[33]) gegen den Arbeitgeber[34]) auf Fortsetzung des Dienstverhältnisses eben so gut, wie die Klage auf Entschädigung nach Entlassung bei Ablauf der Arbeitszeit, wenn der Arbeiter eine rechtliche Fortdauer derselben behauptet.[35]) Erst wenn in diesem Falle sich gezeigt hat, daß das Arbeitsverhältniß zur Zeit des Entstehens der Differenz auch rechtlich aufgehört hat,[36]) muß sich der Amtsrichter, wenn seine Zuständigkeit beanstandet ist und er nicht aus andern Gründen zuständig sein sollte, für unzuständig erklären.

---

[33]) Der Arbeiter ist Gewerbegehülfe, wenn der Arbeitgeber selbst nicht Meister des Gewerbes ist, in welchem der Gehülfe verwendet wird. E. d. R.O.H.G. Bd. IX S. 306.

[34]) Bezüglich der Gewerbegehülfen besteht hier ohnedies nach § 108 und 111 der Gewerbeordnung kein Zweifel.

[35]) Bekanntlich wird in derartigen Verträgen oft bestimmt, daß der Vertrag für erneuert gilt, wenn vor Ablauf der bedungenen Zeitdauer desselben nicht gekündigt wird.

[36]) Wenn A. vom Arbeitgeber B. entlassen wurde und ersterer behauptet es hätte ihm gekündigt werden müssen, ohne diese Kündigung bestehe der Vertrag fort, aber es zeigt sich, daß eine Kündigung nicht bedungen und B. jederzeit zur Entlassung berechtigt war.

Entschädigungsklagen wegen Dienstversäumniß, wegen schlechter oder vertragswidrig ausgeführter Arbeit fallen unter die Bestimmung der Ziffer 2, b. Immer beruhen derartige Streitigkeiten auf der allgemeinen Grundlage des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses, während es, wie bereits gesagt, auf den speziellen Grund der entstandenen Streitigkeit nicht ankommt.[37])

Dagegen fallen nicht darunter Klagen auf Entschädigung ob damnum injuria datum, ebensowenig Klagen über die Existenz des Dienstverhältnisses oder Arbeitsverhältnisses überhaupt, sowie über die Dauer desselben. Es geht dies nicht nur aus dem Wortlaut des Gesetzes, sondern auch aus den Bestimmungen des § 8 hervor, wornach die Zuständigkeit bei Streitigkeiten über Bestehen und Dauer auch der Dienstmiethe[38]) allerdings von dem Werthe derselben abhängig gemacht ist.

Die Redaktion des ganzen Absatzes ist übrigens eine unglückliche. Nach der Stellung, die sie einnehmen, und bei dem Umstande, daß bei der Dienstmiethe und den Arbeitsverhältnissen von Lehrverhältnissen nicht die Rede sein kann, dem Wortlaut des Absatzes des § nach dem Entwurfe, müssen sich die Worte: „in so fern dieselben während der Dauer des Dienstverhältnisses oder Lehrverhältnisses entstanden sind“ auf den ganzen Inhalt des sub b angeführten Absatzes des § 23 des Gerichtsverfassungsgesetzes beziehen, während sie doch auf den § 108 der Gewerbeordnung nicht anzuwenden sind, denn gerade hier ist von den Streitigkeiten über Antritt oder Aufhebung des Arbeitsverhältnisses und von Verhältnissen die Rede, die erst nach Aufhören des Arbeitsverhältnisses entstanden sein können. Für diese Streitigkeiten müssen die gewöhnlichen Zuständigkeitsregeln eintreten und da die Klage auf Ausstellung eines Zeugnisses nach beendigter Lehrzeit keinen vermögensrechtlichen Anspruch repräsentirt, gehört sie, wenn deßhalb von dem Urtheil der Gemeindebehörde der Rechtsweg betreten wird, zur Zuständigkeit der Landgerichte. Während der Entwurf keine Rücksicht darauf ge-

[37]) S. 18 a. E.

[38]) Vergl. die Bemerkungen zu § 8.

nommen hatte, ob die mehrerwähnten Streitigkeiten während oder nach Aufhebung der erwähnten Verhältnisse entstanden sind, so daß das Hineinziehen des § 108 der Gewerbeordnung vollkommen paßte, ist dies bei der von der Justizkommission beliebten und zum Gesetze erhobenen Fassung „insoferne dieselben während der Dauer des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses entstanden sind" nicht mehr der Fall. Voraussetzung der Zuständigkeit des Amtsgerichtes in den voraufgeführten Fällen ohne Rücksicht auf die Größe des Klaggegenstandes ist aber immer, daß eines der angeführten Verhältnisse zwischen den Parteien stattgefunden hat und die Größe der Forderung entscheidet für die Zuständigkeit, wenn gegen die Rechtsnachfolger der ursprünglichen Partei geklagt wird.[39])

c) **Streitigkeiten zwischen Reisenden und Wirthen, Fuhrleuten, Schiffern, Flößern oder Auswanderungsexpedienten in den Einschiffungshäfen, welche über Wirthszechen, Fuhrlohn, Ueberfahrtsgelder, Beförderung der Reisenden und ihrer Habe, und über Verlust und Beschädigung der letzteren, sowie Streitigkeiten zwischen Reisenden und Handwerkern, welche aus Anlaß der Reise entstanden sind.**

Das Wort „zwischen" deutet an, daß es für die Zuständigkeit ohne Einfluß ist, ob die angeführten Personen als Kläger oder Beklagte auftreten.[40])

In den Motiven zur vorstehenden Bestimmung des Entwurfs, die wörtlich mit dem der hannöverischen Konferenz vorgelegenen bayerischen Entwurfe und einem in der hannöverischen Commission gestellten Antrag übereinstimmt,[41]) ist bemerkt, daß diese Bestimmung der bayerischen Civilprozeßordnung Art. 6 Ziff. 3 entnommen sei und Wernz bemerkt in seinem Commentar zu dieser Stelle:[42])

---

[39]) Urth. d. O.G.H. zu München vom 23. Juni 1873 in E. d. O.G.H. Bd. III S. 514.

[40]) Die bayer. Prozeßnovelle von 1837 und die Gerichtverfassungsgesetze von 1850, 1856 und 1861 hatten die Streitigkeiten der Reisenden mit Wirthen aufgenommen. Hierdurch schien allerdings der Reisende als Kläger bezeichnet.

[41]) Das Gesetz ist übrigens gegen den Entwurf erweitert.

[42]) Wernz, Bd. I S. 28 No. 21.

„Man war von jeher einig, daß diese Bestimmung nur anzuwenden, wenn der eine Theil noch auf der Reise begriffen ist[43]) und zwar gerade derjenigen Reise, welche den Rechtsstreit veranlaßt hat. Für Klagen, welche erhoben werden, nachdem die Reise beendigt und der Reisende zu Hause angelangt ist, gelten die gewöhnlichen Kompetenzregeln.“

Uebrigens kann schon nach dem Wortlaut des Gesetzes hierüber kein Zweifel bestehen. Reisender kann naturgemäß nur diejenige Person sein, die sich außerhalb ihres Wohn- oder Aufenthaltsortes befindet; sie hat aufgehört Reisender zu sein und kann in dieser Eigenschaft auf Grund vorstehender Ziffer c weder klagen noch verklagt werden, wenn sie an den Wohnort zurückgekehrt ist; unde cum profectus est peregrinari videtur, quod si rediit peregrinari jam destitit.[44])

Die Bestimmung ist zu Gunsten der Reisenden getroffen, die, wenn sie als Kläger auftreten müssen, durch die Größe ihrer Forderung nicht gezwungen werden sollen, im Anwaltsprozesse bei einem oft vom Orte des Streites weit entlegenen Landgerichte aufzutreten, während der Umstand, daß die Urtheile der Amtsgerichte hier auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind, gleichfalls zur Beschleunigung der Sache beiträgt (§ 649 Nro. 3).

Anders gestaltet sich die Sache, wenn der Reisende auf der Reise belangt werden soll. Es läßt sich nicht behaupten, daß durch die Bestimmung des § 23 des Gerichtsverfassungsgesetzes die Frage des Gerichtsstandes berührt werden sollte, es tritt überall, wo nicht ein besonderer Gerichtsstand konkurrirt, der allgemeine Gerichtsstand des Beklagten ein, der durch den Wohnsitz bestimmt wird.[45])

Nun kennt aber die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich einen besonderen Gerichtsstand für die erwähnten Streitig-

---

[43]) Vergl. Kleiner, Außerord. Civ.-Proz.-Arten in Bayern S. 11. Edel, Comm. z. bayer. G.-V.-G. v. 1861 S. 32.

[44]) C. 7 C. (X. 39.)

[45]) Vergl. § 13.

keiten nicht. Es kann demnach eine solche Streitigkeit, wenn dem Reisenden die Rolle des Beklagten zufällt, während der Reise nur auf Grund des § 29 bei dem forum contractus oder des § 18, wenn der Reisende unter die dort aufgeführten Personen fällt, oder auf Grund eines anderen Gerichtsstandes entschieden werden.

Die Ansicht von Wernz, daß der Wirth den Reisenden verfolgen und wo er ihn treffe belangen könne,[46]) ist offenbar unrichtig.

Aus dem Erörterten geht aber auch hervor, daß die Bestimmung sub c in vielen Fällen, weil es eben an einem Gerichtsstand fehlt, während der Reise gar nicht angewendet werden kann, z. B. wenn eine Person an ihrem Domizile mit einem gleichfalls dort wohnenden Kutscher für die ganze Dauer der Reise einen Vertrag abgeschlossen hat und nun wegen des Transportes des Gepäcks auf der Reise mit ihm in Streit geräth.

Der Ausdruck „Reisender" ist allgemein gebraucht. Reisende im Sinne des Gesetzes sind alle auf der Reise befindlichen Personen, also auch die Fuhrleute, Schiffer, Flößer selbst, wenn zwischen ihnen und Wirthen ein Streit entsteht.[47])

Ebenso sind Militärpersonen ohne Unterschied auf dem Marsche in Friedenszeiten als Reisende zu betrachten, wenn sie nicht auf Kost und Logis einquartiert sind und auch in diesem Falle, wenn Verhältnisse, die über die Verpflichtung des Quartiergebers hinausgehen, eintreten. Wenn ein Offizier, der nur auf Dach und Fach bei einem Wirthe einquartiert ist, von diesem sich wie ein anderer Gast die Kost geben läßt, so erscheint er in letzter Beziehung als Reisender und die über Zahlung der Zeche entstehende Streitigkeit gehört immer vor das Amtsgericht. Der Zweck und die Dauer der Reise ändert nichts an der Qualität des Reisenden. Jeder über einen gewöhnlichen Spaziergang hinausreichender Ausflug von Stadt auf Land oder umgekehrt ist als eine Reise im Sinne des Gesetzes zu betrachten, mag ihr Zweck Vergnügen oder irgend ein Geschäft sein.

---

[46]) Wernz a. a. O.

[47]) Wernz a. a. O. u. das Allegat. Bl. f. R.A. Bd. IV S. 184.

Da das Gesetz allgemein von „Wirthen" spricht, erscheint die Unterscheidung zwischen einem blosen Schenkwirth und Gastwirth, einem Hotelbesitzer und einem Kaffeehausbesitzer um so weniger gerechtfertigt, als verschiedene der genannten Reisenden, wie Flößer und Schiffer, die auf ihrem Floße oder Schiffe über Nacht zu bleiben pflegen, in der Regel ein Nachtquartier bei einem Gastwirthe nicht beanspruchen. Uebrigens gehören auch die Besitzer eines Hotel garni zu den Wirthen, denn der Preis für Logis ist immer ein Theil der Wirthszeche. Alle die vorstehend aufgeführten Personen fallen unter den Kollektivbegriff „Wirth".

Die in diesem Absatz bezeichneten Streitigkeiten sind exklusiver Natur. Streitigkeiten, die zwischen einem Geschäftsreisenden mit Wirthen wegen Waarenlieferungen (Wein u. dgl.) entstehen, fallen nicht unter Ziff. 2 c. Ebensowenig die actio de recepto. Das Wort „Wirthszechen" bezieht sich auf die Wirthe, der Satz „Beförderung der Reisenden — der letzteren" aber nicht.[48])

„aus Anlaß der Reise," diese Worte[49]) sind unglücklich gewählt und können zu vielfachen Streitigkeiten Veranlassung geben. Wie will ein Handwerker, der einem Reisenden Koffer und sonstige Reiserequisiten liefert, die für Jahre brauchbar bleiben, den Nachweis liefern, daß sie gerade aus Veranlassung dieser Reise geliefert wurden? Dagegen gehören unzweifelhaft hierher Ansprüche wegen Reparatur von Fuhrwerken, Schiffen und dgl.

d) **Streitigkeiten wegen Viehmängel.**

Der Entwurf hatte hier lediglich die actio redhibitoria und die actio quanti minoris aufgenommen. Durch die nunmehrige Fassung des Gesetzes sollte die Zuständigkeit der Amtsgerichte auf alle Klagen erstreckt werden, welche auf die Thatsache eines zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandenen Mangels gestützt werden,

---

[48]) Spieß, Erläuterungen zur bayer. Preßnov. v. 1837 § 14. Es ist dies wenigstens die Ansicht der bayer. Gesetzgebung, aus der Absatz c stammt. indessen läßt sich nicht leugnen, daß nach der undeutlichen Redaktion des Absatzes auch die actio de recepto darunter subsumirt werden kann.

[49]) Sie finden sich gleichfalls schon in der bayerischen Prozeßnovelle von 1837.

gleichgültig ob nun der Mangel oder daneben der dolus die laesio enormis u. dgl. zur Begründung des Klaggrundes geltend gemacht wird.[50])

e) **Streitigkeiten wegen Wildschadens.**

Für die Zuständigkeit der Amtsgerichte ist es hier ohne Einfluß, ob die Klage auf gesetzliche Bestimmungen oder kontraktliche Ersatzansprüche sich bezieht. In dem einen wie in dem anderen Falle liegt der Grund des Gesetzes in der gebotenen schleunigen Feststellung des Thatbestandes durch Augenscheineinnahme, Vernehmung von Sachverständigen.[51])

f) **Ansprüche aus einem außerehelichen Beischlafe.**[52])

Hierunter fallen besonders Ansprüche wegen Alimentation. Hieher gehören auch Ansprüche Desjenigen, der die nothwendigen Alimentationsleistungen vorgeschossen hat, denn sie sind immer auf Ersatz dessen gerichtet, was als Folge des außerehelichen Beischlafs von dem Vater zu leisten ist.[53])

Ferner gehören hieher Ansprüche wegen Entschädigung für Defloration, Kindbett, Kur- und Taufkosten, soferne nicht partikularrechtlich noch andere, wie Bezahlung eines Lehrgeldes zur Erlernung eines Handwerks, Kosten für die Beerdigung des Kindes, wenn dasselbe innerhalb einer bestimmten Zeitperiode sterben sollte, u. dgl. festgestellt sind.

Die Zuständigkeit der Amtsgerichte ohne Rücksicht auf die Größe der Forderung ist nicht dadurch bedingt, daß überhaupt der Anspruch selbst noch streitig ist. Handelt es sich um Zahlung von Alimenten, deren Betrag sowie die Pflicht zur Leistung durch Vertrag oder Vergleich festgesetzt ist, so wird allerdings in nächster

---

[50]) Prot. der J.K. z. G.V.G. S. 178.

[51]) Prot. der J.K. z. G.V.G. S. 179. Prot. z. hann. E. S. 363.

[52]) Württemberg. Ges. v. 5. Sept 1839 Art. 28 Abs. 1 u. 2.

[53]) Mit Rücksicht auf das bayer. Landrecht so entschieden im Urtheil des O.G.H. zu München v. 22. Dez. 1874, E. d. O.G.H. Bd V S. 44, dann für das Bamberger Landrecht E. d. O.G.H. Bd. III S. 442. Hier hatte die außereheliche Mutter die Verpflegungskosten getragen.

Linie nicht wegen Anspruchs aus dem außerehelichen Beischlafe, sondern auf Erfüllung des Vergleichs oder Vertrags geklagt, aber der Grund zu einem solchen Vertrage liegt doch wieder in dem außerehelichen Beischlafe und auch bei Klagen aus den Miethsverhältnissen nimmt das Gerichtsverfassungsgesetz § 23 bei der Zuständigkeitsfrage keine Rücksicht darauf, ob der Anspruch auf der allgemeinen Grundlage dieses Verhältnisses oder auf einem speciellen Grunde beruht,[54]) und auch bei solchen Klagen begründet die eingeklagte Summe nicht die Zuständigkeit des Gerichts. Das Gleiche ist der Fall bei Klagen wegen einer versprochenen Deflorationssumme auch dann, wenn der versprochene Betrag die Summe von dreihundert Mark übersteigt. Das fundamentum agendi remotum ist der außereheliche Beischlaf.[55]) Ebenso bei Klagen wegen Regreßansprüche eines Beihälters gegen einen andern Konkumbenten, denn auch hier ist der ursprüngliche Grund der Forderung der außereheliche Beischlaf und es wäre inkonsequent, hier mit Rücksicht auf die Größe der Forderung auch die Landgerichte für zuständig zu erklären.[56])

In allen Fällen ist es für diese Zuständigkeit ohne Einfluß, ob die zunächst Betheiligten oder Rechtsnachfolger die Klagen erheben.[57]) Die außereheliche Mutter oder der Vormund sind unzweifelhaft berechtigt, diese Ansprüche zu cediren, die wenn sie auch ex jure cesso geltend gemacht werden, doch immer Ansprüche aus dem außerehelichen Beischlafe bleiben. Ebenso muß das Amtsgericht ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes auch zuständig sein, wenn es sich um Alimentationsansprüche gegen die

---

[54]) S. 18 a. E. Vergl. auch Wernz Bd. I S. 30 Ziff. 21 und die dortigen Allegate, dann Urtheil des O.G.H. in München v. 2. Juni 1875, E. d. O.G.H. Bd. V S. 961. Die Motivirung besteht jedoch hier lediglich in der Hinweisung auf die citirte Stelle aus Wernz's Kommentar.

[55]) Bl. f. R.A. Bd. XXVI S. 449.

[56]) Dagegen Urtheil des O.G.H. zu München in Bl. f. R.A. a. a. O. S. 451; dasselbe läßt sich abgesehen davon, daß es sich auf eine bestimmte Stelle des bayer. Landrechts bezieht, nicht wohl rechtfertigen.

[57]) Wernz a. a. O. Ziff. 36.

subsidiär für den außerehelichen Vater Verpflichteten handelt[58]) oder die Klage gegen seine Erben gerichtet ist. Das Gesetz weist den Amtsgerichten Klagen wegen Ansprüche aus dem außerehelichen Beischlafe zu ohne Rücksicht auf die Person des Beklagten.

Klagen auf Erhöhung von festgesetzten Alimenten gehören hieher, denn diese bezwecken nichts anderes als die Begründung von weiteren als den bisher erhobenen Ansprüchen aus dem außerehelichen Beischlafe, wie umgekehrt Klagen auf Minderung solcher Alimente oder Aufhebung der Verpflichtung zur Leistung solcher auf denselben Rechtsgrund zurückzuführen sind und deshalb gleichfalls zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehören.

Dagegen kann man die Klage auf Anerkennung der Vaterschaft aus einem außerehelichen Beischlafe, sofern diese nicht civilrechtlich als Grund der Alimentenklage gilt,[59]) kaum hieher rechnen, mag man nun den Vormund oder auch die außereheliche Mutter zur Klagestellung legitimirt erachten. Allerdings liegt der Grund der Klage in dem außerehelichen Beischlafe. Durch die richterliche Entscheidung wird aber eine Statusfrage gelöst, während Ziffer f. offenbar nur auf vermögensrechtliche Ansprüche sich bezieht, denn sie ist eine Unterabtheilung der Ziff. 2 des § 23 des G.V.G., der, da er von der Zuständigkeit ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes spricht, gerade einen solchen Werth d. h. einen vermögensrechtlichen Anspruch voraussetzt, der in der Anerkennung der Vaterschaft

---

[58]) Z. B. im Falle der §§ 628 u. 629 Th. II Tit. 2 des preuß. Landrechts. Wenn § 628 l. c. auch für Preußen durch § 22 des Gesetzes vom 24. April 1854 aufgehoben wurde, so besteht er in Bayern in voller Gültigkeit. Die subsidiäre Alimentationspflicht der Aeltern fällt indeß hier weg, wenn der Sohn nur als einer der mehreren Consumbenten verurtheilt wurde. E. d. O.G.H. Bd. IV S. 464. Bayer. L.R. Th. I c. IV § 7 nr. 1. 5., vergl. hiezu E. d. O.G.H. Bd. VI S. 463, Bamberger L.R. §§ 219, 34.

[59]) Nach Plenarbeschluß d. O.A.G. zu München v. 23. Juni 1841 genügt nach gemeinem Rechte zum Anspruch auf Alimente und andere vermögensrechtliche Ansprüche lediglich der außereheliche Beischlaf. Anders nach preuß. Rechte. Hier wird Feststellung des Vaterschaftsverhältnisses als Basis für vermögensrechtliche Ansprüche erfordert. Prot. d. J.K. S. 508. Preuß. G. vom 24. April 1854 § 19.

an und für sich nicht liegt, wenn auch vermögensrechtliche Ansprüche die Folge davon sein können. Auch fehlt bei der Klage auf Anerkennung der Vaterschaft ein Grund für die Zuständigkeit der Amtsgerichte.[60])

Auch die Klage auf Führung des Namens des außerehelichen Vaters, wo eine solche partikularrechtlich statthaft ist,[61]) gehört nicht hieher.

g) **Das Aufgebotsverfahren.**

Hierüber ist das Nähere zu § 823 ff. erwähnt. Hiemit ist die Reihe der Fälle für die Zuständigkeit der Amtsgerichte nach dem Gerichtsverfassungsgesetz erschöpft. Die entgegenstehenden Vorschriften partikularrechtlicher Civilprozeßgesetze werden durch die vorstehenden Bestimmungen aufgehoben.

Außer der in § 23 des Gerichtsverfassungsgesetzes bestimmten sachlichen Zuständigkeit der Amtsgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wird die weitere Zuständigkeit derselben ausgesprochen durch die Civilprozeßordnung:

1) für die Erlassung von Arresten und einstweiligen Verfügungen § 799, 826,

---

[60]) Siehe Eingang zu § 1. Bei Berathung des § 21 der C.P.O. äußerte Abgeordnete Reichensperger am Schlusse der Debatte: Die Sache gestaltet sich also wohl folgendermaßen: Wenn Alimente als solche gefordert werden, so tritt das Forum des § 21 ein. In den Entscheidungsgründen des Urtheils muß dann natürlich auch die Frage nach dem fundamentum actionis d. i. nach dem Vorhandensein der außerehelichen Beziehungen erörtert und entschieden werden. Wird dagegen in der Klage der direkte Ausspruch dahin gefordert, daß A. der Vater des Kindes der B. sei, so ist das Forum des § 21 ausgeschlossen, obgleich der Reichstags-Abgeordnete Gaupp bemerkt hatte, daß dies Forum auch für solche Klagen einzutreten habe, weil das vermögensrechtliche Interesse in diesen Fällen über die Feststellung des verwandtschaftlichen Verhältnisses präralire und dies auch der Standpunkt des § 12 (nun 23) des Gerichtsverfassungsgesetzes sei. Prot. d. J.K. S. 507.

[61]) Vergl. z. B. Art. 28 Abs. 3 des württembergischen Gesetzes vom 5. Sept. 1839, wonach ein außereheliches Kind den Namen des Vaters führen darf, wenn derselbe seine Einwilligung zum Geburtsregister ertheilt hat und die Einwilligung als endgültig angefochten wird. Uebrigens besteht hier kein Anspruch aus dem außerehelichen Beischlafe auf Namensführung.

2) für Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß § 448,

3) für das Mahnverfahren § 629,

4) für den Sühnversuch in Ehesachen § 571,

5) für Beschlüsse über Entmündigung einer Person und Wiederaufnahme der Entmündigung §§ 594, 617, 621,

6) für die Zwangsvollstreckung §§ 684, 707. Hieher gehört auch das Vertheilungsverfahren §§ 758 ff.,

7) für Abnahme des Offenbarungseides § 780,

8) für Streitigkeiten aus einem Schiedsvertrage § 871;

durch die Konkursordnung:

9) für das Konkursverfahren §§ 64, 134, 202 der Konkursordnung.[62])

II.

Die Zuständigkeit der Civilkammern und der Kammern für Handelssachen bei den Landgerichten ist eine verschiedene.

A. § 70 des Gerichtsverfassungsgesetzes bestimmt:

„Vor die Civilkammern, einschließlich der Kammern für Handelssachen, gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche nicht den Amtsgerichten zugewiesen sind."

Es ist schon bemerkt worden, daß die Landgerichte nach dem System des Gerichtsverfassungsgesetzes die regelmäßigen Gerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten sind. Als Kollegialgerichte haben sie die Präsumtion einer besseren Rechtssprechung als der bei den Amtsgerichten für sich, und dies ist der Grund, warum ihre Urtheile nicht angefochten werden können, weil ein Amtsgericht zuständig gewesen wäre,[63]) und ist der Grund, warum sie bei eigner Zuständigkeit die gleichzeitig zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehörigen Rechtssachen unter denselben Parteien an sich ziehen.[64])

---

[62]) Im Einführungsgesetze zur Civilprozeßordnung § 13 ist noch bestimmt, daß für Aufstellung von Sachverständigen im Falle der Art. 348, 365 u. 407 des Handelsgesetzbuchs das in § 448 der Civilprozeßordnung bezeichnete Amtsgericht zuständig ist.

[63]) Bes. Begr. des E. zu §§ 10, 11.

[64]) Bes. Begr. d. E. zu § 224. Aber nicht die in § 23 Ziff. 2 des G.V.G. bezeichneten Streitigkeiten, vgl. § 5 Anm. 7.

„welche nicht den Amtsgerichten zugewiesen sind." Nicht vor die Amtsgerichte gehören alle Streitigkeiten, deren Gegenstand einen vermögensrechtlichen Anspruch von mehr als dreihundert Mark repräsentirt oder überhaupt keinen vermögensrechtlichen Anspruch, einen nur idealen Werth, der nicht in Geldeswerth angeschlagen werden kann. Daher gehören hieher alle Klagen über Statusfragen, Familien- und Erbrechte, Ertheilung des Verehelichungskonses oder Supplirung des Konsenses überhaupt.[65])

Hieher gehören die Klagen nach § 32 des Reichsges. vom 6. Febr. 1875, die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung betreffend.

Hieher sind ferner die Klagen zu rechnen, deren Gegenstand zur Zeit der Klagerhebung (vgl. § 3) noch nicht in Geldeswerth angeschlagen werden kann, wie die Schadensersatzklage vorbehaltlich der Liquidation.[66])

Auch bei der hereditatis petitio wird, abgesehen von der Frage der Anerkennung des Erbrechts, die immer prävalirt, weil die Herausgabe der Erbschaft selbst erst wieder Folge der Anerkennung ist, im Zeitpunkte der Anstellung der Klage oft nicht möglich sein, zu bestimmen, welch vermögensrechtlichen Anspruch die Klage verfolgt.

Weiter gehören zur Zuständigkeit der Landgerichte auch Klagen auf alternative Leistungen, von denen nur die eine Leistung einen zur Zuständigkeit der Landgerichte gehörigen Klagegrund bildet, z. B. wenn auf Erfüllung eines Eheversprechens[67]) oder

---

[65]) Auch wenn ein Rechtsgeschäft von mehr als dreihundert Mark im Betrage in Frage steht, denn dieses Rechtsgeschäft hat mit der Konsensertheilung nichts gemein. Die Klagen auf Grund des § 231 werden in der Regel einen vermögensrechtlichen Anspruch repräsentiren, z. B. Feststellung einer Bürgschaft für eine später fällig werdende Forderung. Nach der Größe dieser richtet sich die Zuständigkeit.

[66]) Siehe Anm. 5. Ist jedoch der Schaden annäherungsweise aus der Klage durch das richterliche Ermessen festzustellen, so wird dieser auch nur annäherungsweise festgestellte Werth für die Zuständigkeit der Gerichte entscheidend sein; vergl. § 3.

[67]) In Sachsen kann hierauf nicht geklagt werden, Sächs. bürg. G. §§ 1579—1581, wohl aber nach Bayer. L.R. Th. I c. VI §§ 39, 40, E. d.

der wegen Nichterfüllung bedungenen Konventionalstrafe oder einer Entschädigung von nicht über dreihundert Mark geklagt wird.

Die alternative Forderung von dreihundert Mark kann keine Werthschätzung für die andere alternative Forderung sein, denn diese besteht nicht in einem vermögensrechtlichen Anspruch, für sie ist das Amtsgericht nicht zuständig und für welche Alternative sich der Beklagte entscheiden wird, ist ja noch ungewiß.[68])

Der Beklagte kann allerdings bei der mündlichen Verhandlung sich für die Zahlung der Konventionalstrafe entscheiden und dieser sogar eine Kompensationsforderung entgegensetzen, allein indem er das thut, läßt er sich schon in die Verhandlung zur Hauptsache ein. Die einmal begründete Rechtshängigkeit der Sache wird durch Ausübung seines Wahlrechts nicht aufgehoben, das Landgericht bleibt zuständig, ebenso gut wie es bei einer Verbindung solcher Klagen zuständig ist, wenn z. B. auf Anerkennung der Vaterschaft **und** Alimentation des Kindes im Aversum von dreihundert Mark von der geschiedenen Ehefrau geklagt wird.[69]) Gerade dadurch, daß die Gerichte nach freiem Ermessen den Werth des Streitgegenstandes bestimmen dürfen, ist Vorsorge getroffen, daß nicht durch überspannte Forderungen bei alternativen Obligationen zum Amtsgerichte gehörige Sachen vor die Landgerichte gebracht werden können. Wenn daher auf Vertragserfüllung oder Entschädigungsforderung von tausend Mark

---

O.G.H. Bd. I S. 89, und in Württemberg, Lang, Handb. d. württemb. Pers. Fam. u. Vorm. R. § 41.

[68]) Die in den Bl. f. R.A. Bd. XXVI S. 475 enthaltene Entscheidung beruht auf hieher nicht passenden Voraussetzungen. In der bayer. Pr.O. Art. 4 a. E. war bestimmt: „Hat der Kläger alternativ eine bestimmte Geldforderung erhoben, so ist diese der Beurtheilung der Zuständigkeit zu Grund zu legen.“ Ohne Grund wendet Uebel, Comm. d. C.P.O. § 3 Anm. 7 diese Bestimmung auf die C.P.O. an. Auch die Ansicht in Seuffert C.P.O. z. § 3 Bem. 1 und Siebenhaar Comm. z. C.P.O. S. 43, daß, wenn der Kläger die Wahl habe bei der alternativen Leistung, der minderwerthe Klaggegenstand, wenn der Beklagte die Wahl habe, der mehrwerthe der Schätzung zu unterstellen sei, ist unbegründet. Vgl. Bemerkungen zu § 3 unter: „Ist der Gegenstand des Streits eine alternative Leistung“.

[69]) Vergl. § 5.

geklagt wird, so ist der Richter behufs der Zuständigkeit immer ermächtigt, diese Forderung nur auf dreihundert Mark zu schätzen.

Ebenso bleibt das Landgericht zuständig, wenn in Folge der Verhandlung sich der Streitgegenstand nicht mit Rücksicht auf den Werth,[70]) sondern in Folge einer Einrede thatsächlich derartig ändert, daß hiefür das Amtsgericht zuständig wäre, wenn z. B. bei einer zur Zuständigkeit der Landgerichte gehörigen Negatorienklage das Recht des Klägers vom Beklagten anerkannt, aber die Räumung eines Lokales wegen noch bestehender Miethe desselben verweigert wird.[71])

Bei Klagen aus Obligationen, in welchen dem Kläger das Wahlrecht zusteht, kommt, da dieses Wahlrecht in der Regel in der Klage ausgeübt werden muß, überhaupt nur die eine Forderung zur Entscheidung.

Bei Klagen auf Eintrag einer Hypothek oder Löschung einer solchen ist das Interesse gleich der Forderung, für welche die Hypothek eingetragen oder gelöscht werden soll.[72])

„einschließlich der Kammern für Handelssachen." Hiedurch wird die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen gegenüber den Amtsgerichten in ganz gleicher Weise geregelt, wie dies für die Zuständigkeit der Civilkammern geschieht, während über die Zuständigkeit der Civilkammern gegenüber der Kammer für Handelssachen im Tit. VII des Gerichtsverfassungsgesetzes Bestimmungen getroffen sind. Dort ist der Grundsatz ausgesprochen, daß überall, wo die Kammern für Handelssachen zuständig sind, auch die Civilkammern als erste Instanz zuständig sind, daß die Zuständigkeit der Handelskammern auch zugleich die Zuständigkeit der Civilkammern umfaßt.

---

[70]) G.V.G. § 23.

[71]) E. d. O.G.H. Bd. IV S. 139; vgl. auch die § 4 Anm. 3 allegirten Stellen.

[72]) Vgl. § 6. Aehnlich würde bei der Provokationsklage ex lege Diffamari das Interesse gleich sein dem Interesse, das die künftige Klage repräsentirt. Die Provokationsklage ist, wenn auch durch § 231 der Civilprozeßordnung nicht aufgehoben, doch überflüssig geworden. Bes. Begr. d. E. zu § 223. I.

§ 70 des Gerichtsverfassungsgesetzes bestimmt weiter:

„Die Landgerichte sind ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig:

1. für die Ansprüche, welche auf Grund des Gesetzes vom 1. Juni 1870 über die Abgabe von der Flößerei oder auf Grund des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten gegen den Reichsfiskus erhoben werden;"

Die erste Alternative bezieht sich auf § 2 des angeführten Gesetzes vom 1. Juni 1870, wornach für die Aufhebung der nach § 1 dieses Gesetzes unzulässigen Abgaben eine Entschädigung geleistet wird, wenn das Recht zur Erhebung der Abgabe auf einem lästigen Privatrechtstitel beruht und nicht einem Bundesstaate zusteht. Die Streitigkeiten über diese Entschädigungsansprüche sind ausschließlich den Landgerichten zugewiesen. Da der Antrag auf Entschädigung bei Vermeidung der Präklusion innerhalb 6 Monaten nach dem Tage, an welchem die Erhebung der Abgabe aufgehört hat, bei dem Reichskanzleramt gestellt werden mußte,[73]) und bei erfolgter Abweisung innerhalb 90 Tage von dieser an gerechnet der Rechtsweg zu betreten ist,[74]) werden die Landgerichte schwerlich mehr oft mit derartigen Klagen belästigt werden.

Die Ansprüche gegen den Reichsfiskus, deren Ziff. 1 erwähnt, sind nur vermögensrechtliche Ansprüche; von „Vermögensrechtlichen Ansprüchen" spricht Marginale zu § 149 des Reichsbeamtengesetzes, sowie dieser selbst, welcher bestimmt, in welchen Fällen allein der Rechtsweg gegen den Reichsfiskus zulässig ist und insbesonders Ansprüche auf Besoldung, Monatgeld, Wartegeld oder Pension, sowie Ansprüche der Relikten der Reichsbeamten auf solche anführt. Unzweifelhaft gehören auch die in § 40 des Reichsbeamtengesetzes angeführten Ansprüche auf Umzugskosten hieher. Auch in der besonderen Begründung des Entwurfs zu § 50 des Gerichtsverfassungsgesetzes wird nur von vermögensrechtlichen Ansprüchen der Reichsbeamten gesprochen.

---

[73]) Reichsges. die Einführung nordd. Bundesgesetze in Bayern §§ 8 u. 12.

[74]) § 2 des vorerwähnten Gesetzes v. 1. Juni 1870.

2. für die Ansprüche gegen Reichsbeamte wegen Ueberschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen.[75])

Die Ziffer 2 war im Entwurfe nicht aufgenommen. Für die beiden in Ziff. 1 aufgeführten Alternativen ist nach den Bestimmungen der darin genannten Reichsgesetze das Reichsoberhandelsgericht (nun das Reichsgericht) als letzte Instanz zuständig, während diese Gesetze keine Vorschriften darüber enthalten, ob in erster Instanz Kollegialgerichte oder Einzelrichter entscheiden sollen, vielmehr die Formen des landesgesetzlichen Verfahrens fortbestehen sollen, auch sich diese Gesetze über die Beschaffenheit des Rechtsmittels, wodurch das Reichsoberhandelsgericht angegangen werden soll, nicht aussprechen.

Wenn nun hienach das Reichsgericht auch bei Ansprüchen von weniger als dreihundert Mark als Berufungsgericht gegenüber den Amtsgerichten aufgestellt werden könnte, so spricht hiegegen die Natur des Rechtsmittels als Berufung, da es unzulässig erscheint, daß das Reichsgericht bei unbedeutenden Objekten mit der ganzen thatsächlichen Erörterung, die dem Berufungsgerichte obliegt, belastet werde. Es wurden deshalb alle derartigen Ansprüche schon in erster Instanz den Landgerichten zugewiesen, von deren Entscheidung die Sache im ordentlichen Instanzenzuge zuletzt an das Reichsgericht gebracht werden kann.[76])

Auch für die Ziffer 2 treffen diese Voraussetzungen zu, sie wurden aber gleichwohl im Entwurfe weggelassen, weil hier die Aufstellung des Reichsgerichts als letzte Instanz mehr ihren Grund darin habe, daß man bei der Verschiedenheit des Gerichtsverfahrens in den Einzelstaaten ein vom Reiche organisirtes Gericht in letzter

---

[75]) Hiezu bestimmt der § 154 des Reichsbeamtengesetzes, daß sowohl dasjenige Gericht zuständig ist, in dessen Bezirk der Beamte zur Zeit der Verletzung seinen Wohnsitz hatte, als dasjenige, in dessen Bezirk derselbe zur Zeit der Erhebung der Klage seinen Wohnsitz hat. Diese Bestimmung wird als reichsgesetzliche durch die C.P.O. nicht geändert.

[76]) Bes. Begr. d. E. d. G.V.G. §§ 50, 51.

Instanz schaffen wollte, welcher Grund mit Einführung der deutschen Civilprozeßordnung wegfalle.[77])

Allein die Justizkommission des Reichstags nahm in Folge eines zu dem letzten Absatz des § 70 des Gerichtverfassungsgesetzes gestellten Antrages die dem § 154 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 entnommene Bestimmung auf, weil es bei Prozessen der vorliegenden Kategorie weniger darauf ankomme, um welche Streitsumme es sich handle, als auf die wichtigen Fragen staatsrechtlicher Natur, welche in der Regel konkuriren.[78])

„für die Ansprüche". Auch hier sind dies nur vermögensrechtliche Ansprüche. Der Eingang des § 154 des Reichsbeamtengesetzes, auf den sich als bestehendes Recht ausdrücklich bezogen wurde, lautet: „In Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche gegen Reichsbeamte."

§ 70 Abs. 3 sagt ferner:

„Der Landesgesetzgebung bleibt überlassen, Ansprüche der Staatsbeamten gegen den Staat aus ihrem Dienstverhältnisse, Ansprüche gegen den Staat wegen Verfügungen der Verwaltungsbehörden, wegen Verschuldung von Staatsbeamten und wegen Aufhebung von Privilegien, Ansprüche gegen Beamte wegen Ueberschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen, sowie Ansprüche in Betreff öffentlicher Abgaben ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes den Landgerichten ausschließlich zuzuweisen."

„Ansprüche der Staatsbeamten gegen den Staat" enthält nur die Zulässigkeit einer analogen Anwendung der Ziff. 2 auf Beamte der Bundesstaaten gegen diese Beamten.

„Verfügungen von Verwaltungsbehörden". Hierunter fallen Ansprüche, welche auch keine Entschädigungsansprüche sind. Es wird in den Motiven zu diesem Paragraphen darauf hingewiesen, daß in Hamburg Ansprüche, welche direkt die Aufhebung einer

---

[77]) Bes. Begr. a. a. O.

[78]) Prot. d. J.K. S. 617 ff.

Verfügung der Verwaltungsbehörden bezwecken, im Rechtswege verfolgt werden können.[79])

Die Gerichte sind jedoch vor Allem zuständig in Gegenständen des Privatrechts eine Entscheidung zu treffen, während den Verwaltungsbehörden die Rolle zufällt, in Sachen des öffentlichen Rechts einzuschreiten. Die Reichsgesetzgebung hat entgegen der Ansicht der Justizkommission des Reichstags nicht beabsichtigt, durch vorstehende Bestimmungen den Gerichten der Bundesstaaten das Recht einzuräumen, unbedingt über Handlungen der Administrativbehörden Recht zu sprechen. Was eine Verwaltungsbehörde innerhalb ihres Wirkungskreises thut, dazu hat sie ein Recht, tritt sie aus ihrer Amtssphäre hinaus, dann thut sie „Unrecht", und da in jedem Unrecht ein Privatrechtstitel liegt, haben die Gerichte über die Folgen dieses Unrechts zu entscheiden. Dagegen ist ihnen eine Kognition darüber, ob eine Verwaltungsbehörde wirklich Unrecht gethan hat, entzogen. Hier bestimmt § 11 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze:

Die landesgesetzlichen Bestimmungen, durch welche die strafrechtliche oder civilrechtliche Verfolgung öffentlicher Beamten wegen der in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung ihres Amtes vorgenommenen Handlungen an besondere Voraussetzungen gebunden ist, treten außer Kraft.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, durch welche die Verfolgung der Beamten entweder im Falle des Verlangens einer vorgesetzten Behörde oder unbedingt an die Vorentscheidung einer besonderen Behörde gebunden ist, mit der Maßgabe:

1) **daß die Vorentscheidung auf die Feststellung beschränkt ist, ob der Beamte sich einer Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe;**[80])

---

[79]) Einen gleichen Fall für das Herzogthum Braunschweig siehe in Seuffert, Archiv Bd. XXV No. 244 u. Bd. XXIV No. 38.

[80]) Der Entschädigungsanspruch gegen einen Beamten ist jedoch von der Beantwortung dieser Frage durch die vorgesetzte Behörde nicht abhängig, wenn

2) daß in den Bundesstaaten, in welchen ein oberster Verwaltungsgerichtshof besteht, die Vorentscheidung diesem, in den andern Bundesstaaten dem Reichsgerichte zusteht.

Auch die Entscheidungen der Ministerien sind der Erörterung durch den Verwaltungsgerichtshof oder das Reichsgericht nicht entzogen, wenn ihre Rechtmäßigkeit und Gesetzlichkeit zur Begründung eines Anspruchs beanstandet wird.

„Ansprüche gegen Beamte wegen Ueberschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder pflichtwidrigen Unterlassung von Amtshandlungen." Diese Einschaltung erfolgte bei Berathung des Entwurfs in der Justizkommission des Reichstags. Es sollte hiemit denjenigen Landesgesetzgebungen, welche bisher der Verfolgbarkeit ihrer Beamten enge Grenzen gezogen hätten, die Möglichkeit gewährt werden, bei Fortfall dieser Schranken Prozesse gegen Beamte aus Amtshandlungen den Kollegialgerichten und damit der Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofs zu überweisen.[81])

Nach den Verfassungen einzelner Bundesstaaten besteht gegen den Fiskus ein Klagerecht wegen Handlungen der Staatsbeamten und zwar ohne Unterschied, ob bei einer berechtigten Amtshandlung der Staat eine Verpflichtung zur Entschädigung hat, wie beispielsweise bei Expropriationen, oder ob die Organe des Staats widerrechtlich gehandelt haben, wie bei unterlassener Eintragung von Hypotheken, unberechtigter Löschung von solchen, bei Unterschlagungen deponirten Privateigenthums durch Staatsbeamte.[82])

---

die Uebertretung eines Strafgesetzes in Frage steht; denn die Entscheidung ob ein Strafgesetz verletzt wurde, steht nicht der vorgesetzten Behörde, sondern dem Strafrichter zu. Urth. d. O.G.H. in München v. 18. Dez. 1875 in den E. d. O.G.H. Bd. V S. 439.

[81]) Prot. d. J.K. S. 618.

[82]) Pfeifer, prakt. Ausführ. Bd. II S. 361 ff. Rönne, Preuß. St.R. § 304. Zachariä St.R. Bd. II § 140. In Bayern haftet der Staat primär und nur dann subsidiär, wenn gegen die Richter die Syndikatsklage gegeben ist; Roth Bayer. Civ.-R. Bd. I S. 225; in Sachsen solidarisch mit dem Beamten, Schmidt Vorles. Bd. I S. 482. Württemberg hat keine besonderen Bestimmungen.

Nur wo letztere direkt aus Pflichtverletzungen belangt werden können, ist für solche Klagen die Aufstellung der Landgerichte als ausschließlicher Gerichtsstand zulässig, und eine solche Aufstellung kann in den Bundesstaaten nicht stattfinden, nach deren Verfassung nur der Fiskus für Handlungen der Beamten belangt werden kann und demselben nur Regreßansprüche an seine Beamten zustehen.

„Ansprüche gegen Beamte." Hier ist nicht gesagt Staatsbeamte; es sind auch letztere allein nicht gemeint, wenngleich bei Berathung des Zusatzes in der Justizkommission nur von letzteren die Rede war. Der Antrag des Abgeordneten v. Puttkamer sprach von Ansprüchen gegen „öffentliche Beamte" gegenüber den vorher genannten Staatsbeamten; dieser Antrag wurde unverändert angenommen und erst später bei der Redaktion das Wort „öffentliche" entfernt, so daß Beamte im Sinne des Gesetzes alle sind, welche in öffentlichen Diensten stehen, ohne zugleich Staatsbeamte zu sein, wie Bürgermeister und andere Gemeindebeamte, Beamte von Eisenbahngesellschaften, Forstbeamte von Privaten.

„Ansprüche in Betreff öffentlicher Abgaben." Die Kollektivbenennung „öffentliche Abgaben" ist offenbar absichtlich gewählt, um bei deren Bestreitung für alle unter dieselbe fallenden Spezialitäten, wie direkte und indirekte Steuern, Gemeinde-, Kreis-, Kultus-Umlagen u. dgl. durch Zulässigkeit der Aufstellung gleicher Gerichte für alle, ohne Unterschied der Größe der Abgabe, gleichmäßige Entscheidungen zu erzielen. Die Besteuerung wird in allen deutschen Staaten durch Gesetze geregelt, die Erhebung der öffentlichen Abgaben ist aber Sache der Finanz- und beziehungsweise Verwaltungsbehörden, und diese sind zuständig zu entscheiden, ob für die Einzelnen eine Verpflichtung zur Zahlung besteht oder nicht. In Abweichung von diesem Prinzip haben indeß einzelne Landesgesetze die Frage, ob der Einzelne zur Entrichtung einer bestimmten Steuer verpflichtet ist, den Gerichten zur Entscheidung überwiesen[83]) und diesem Umstande ist hier vom Gesetze Rechnung getragen.

[83]) Vergl. z. B. sächsisches Gesetz über Competenzverhältnisse zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden vom 28. Jan. 1835 § 12.

Das den Administrativ- und Finanzbehörden in einzelnen Ländern zustehende Exekutionsrecht, das mit einer civilprozeßrechtlichen Bestimmung nichts gemein hat, wird durch die Vorschrift dieser Ziffer nicht berührt.[84])

Eine weitere Bestimmung über die Zuständigkeit der Landgerichte liegt in § 3 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze. Hier ist in Absatz 1 bestimmt: „**Die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, kann den ordentlichen Landgerichten durch die Landesgesetzgebung übertragen werden. Die Uebertragung darf nach andern als den durch das Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Zustandigkeitsnormen erfolgen.**“

Die besonderen Gerichte sind die in den §§ 13 und 14 des Gerichtsverfassungsgesetzes angeführten Gerichte.[85])

Für alle bei diesen Gerichten anzubringenden Klagen können für den Fall, daß solche Gerichte nicht bestehen, die Landgerichte für zuständig erklärt werden.[86])

Erfolgt trotz des Mangels solcher besonderen Gerichte eine Zuständigkeitserklärung für die Landgerichte nicht, so richtet sich die Zuständigkeitserklärung für Klagen der angeführten Art nach den Regeln der Civilprozeßordnung.[87])

Ueber die Zuständigkeit der Landgerichte bestimmt weiter § 71 des Gerichtsverfassungsgesetzes: „**Die Civilkammern sind die Berufungs- und Beschwerdegerichte in den vor den Amtsgerichten verhandelten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.**“

Hienach sind die Kammern für Handelssachen als Berufungsinstanz, selbst für Handelssachen, welche in erster Instanz zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehören, ausgeschlossen.

Die Landgerichte werden durch die Civilprozeßordnung für ausschließlich zuständig erklärt:

---

[84]) Besond. Begr. d. E. zu § 655.

[85]) Siehe oben S. 9.

[86]) Ueber das Verfahren vergl. unten zum zweiten Buch, Verfahren vor den Landgerichten (§ 230 ff.).

[87]) Bes. Begr. d. E. d. G.V.G. zu § 3.

1. für Ehesachen (§ 568);
2. für die Klage auf Aufhebung eines Entmündigungsbeschlusses der Amtsgerichte (§§ 605, 606, 620, 624);
3. für Klagen auf Aufhebung des Ausschlußurtheils im Aufgebotsverfahren (§ 834);
4. im Falle des § 871;[88])

dann durch die Konkursordnung:

5. gegenüber anderen sonst zuständigen Landgerichten dasjenige Landgericht, zu dessen Bezirk das Konkursgericht gehört, bei Klagen auf Feststellung im Konkurse streitig gebliebener Forderungen, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, § 134 der Konkursordnung.

B. Die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen bestimmt § 101 des Gerichtsverfassungsgesetzes:

„Vor die Kammern für Handelssachen gehören nach Maßgabe der folgenden Vorschriften diejenigen den Landgerichten in erster Instanz zugewiesenen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in welchen durch die Klage ein Anspruch geltend gemacht wird:

I. gegen einen Kaufmann (Art. 4 des Handelsgesetzbuchs) aus Geschäften, welche auf Seiten beider Kontrahenten Handelsgeschäfte (Art. 271—276 des Handelsgesetzbuchs) sind;

Der Entwurf hatte den Handelsgerichten die Zuständigkeit für Klagen gegen einen Kaufmann aus dessen Handelsgeschäften ohne Rücksicht auf die Größe der Forderung überwiesen. Aber selbst als noch die Zulassung besonderer Handelsgerichte in Frage stand, wurden von deren Zuständigkeit die s. g. Bagatellsachen ausgeschlossen, man wollte diesen den Weg bis zum Reichsgerichte abschneiden.[89])

Aus dem Umstande, daß § 70 des Gerichtsverfassungsgesetzes bestimmt:

---

[88]) Für die Ziffern 1—4 ist bei den einschlägigen Paragraphen das Nähere bemerkt.

[89]) Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 476, 519, 521.

„vor die Civilkammern einschließlich der Kammern für Handelssachen gehören" u. s. w.,[90]) dann, daß § 101 des G.V.G. ausdrücklich der in erster Instanz den Landgerichten zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten erwähnt, geht klar hervor, daß alle Klagen, deren Gegenstand nicht ein vermögensrechtlicher Anspruch von mehr als dreihundert Mark im Werthe ist, auch nicht vor die Kammern für Handelssachen gehören.

„gegen einen Kaufmann." Ob eine bestimmte Person als Kaufmann in die Handelsmatrikel eingetragen ist oder nicht, ändert an seiner durch Art. 4 des Handelsgesetzbuchs begründeten Qualität nichts und berührt daher auch nicht die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen.[91])

Zu den Kaufleuten im Sinne des Gesetzes sind auch solche juristische Personen zu rechnen, welche vom Gesetze den Kaufleuten gleichgestellt werden. Handelsgesetzbuch Art. 5. 6, Reichsgesetz vom 11. Juni 1870 betreffend die Aktiengesellschaften § 1 Art. 5, 174, 208; Nordd. Bundesges. vom 4. Juli 1868 betreffend die privatrechtliche Stellung der Genossenschaften § 11 Nr. 3; Bayerisches Gesetz vom 29. April 1869, die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschafts-Gesellschaften betr., Art. 11 Abs. 3.[92])

Ausgeschlossen ist die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen, wenn der Anspruch gegen Rechtsnachfolger eines Kaufmanns gerichtet ist. Das Gesetz kennt nur Kaufleute, die das Handelsgeschäft abgeschlossen haben, als Beklagte.[93])

Bei Berathung der Justizkommission über die Zuständigkeit der Handels**gerichte** war als Zusatz zu Ziff. 1 beschlossen worden: „Die Zuständigkeit der Handelsgerichte ist auch dann

---

[90]) Siehe S. 32.

[91]) Bes. Begr. d. E. d. G.V.G. zu § 83, I.

[92]) Bes. Begr. d. E. des G.V.G. zu § 83. Hiedurch ist jeder Zweifel, der durch Inclavirung der Worte: „Art. 4 des Handelsgesetzbuchs" entstehen konnte, beseitigt.

[93]) Bes. Begr. a. a. O., bei der folgenden Ziffer 2 u. 3 tritt eine Ausnahme ein.

begründet, wenn der beklagte Kaufmann Rechtsnachfolger eines Kaufmanns ist und die Rechtsnachfolge auf einem Handelsgeschäfte beruht,[94]) um auszudrücken, daß eine Singularsuccession auf der Seite der Beklagten mit Ausnahme des vorgesehenen Falls, sowie eine Universalsuccession überhaupt, die Zuständigkeit der Handelsgerichte ausschließe. Als die Handelsgerichte beseitigt und an deren Stelle die Kammern für Handelssachen getreten waren, wurde der nunmehrige Wortlaut des Gesetzes auf Antrag von Dr. Wolffson beschlossen und hiebei bemerkt, daß in Bezug auf den Einfluß, den der Eintritt eines Rechtsnachfolgers auf die Kompetenz ausübe, eine Aenderung durch den Antrag nicht beabsichtigt sei, in der Behandlung der Rechtsnachfolger bleibe es vielmehr bei dem System der Regierungsvorlage.[95])

Uebrigens ist nicht nothwendig, daß sich der Kläger am Abschluß des Handelsgeschäfts betheiligt hat, es genügt, wenn er als Rechtsnachfolger der ursprünglich Betheiligten erscheint, ohne daß er selbst Kaufmann ist. Der Antrag in Ziffer 1 vor den Worten „gegen einen Kaufmann" einzuschalten „von einem Kaufmann" wurde abgelehnt.[96])

Aus denselben Gründen, aus den Ziff. 1 nicht anwendbar ist, wenn ein Rechtsnachfolger eines Kaufmanns aus Handelsgeschäften belangt wird, kann eine Klage gegen einen gewesenen Kaufmann aus dessen Handelsgeschäften bei den Kammern für Handelssachen nicht angebracht werden.

„welche auf Seite beider Kontrahenten Handelsgeschäften sind." Diese Bestimmung wurde entgegen der Bestimmung des Entwurfs „gegen einen Kaufmann aus dessen Handelsgeschäften" gewählt, weil, wenn auch das Handelsgesetzbuch das einseitige Handelsgeschäft den handelsrechtlichen Normen unterwerfe, doch das zweiseitige Handelsgeschäft der eigentliche Sitz des Handels sei; es sei kein Grund vorhanden, die handelsgerichtliche Zuständig-

---

[94]) Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 492 ff.
[95]) Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 527, 529.
[96]) Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 528 ff.

keit nach dem zufälligen Umstande zu reguliren, ob der Beklagte Kaufmann sei oder nicht. Auch wurde zugegeben, daß die Vertreter der Wissenschaft sich in der Mehrzahl für die Kompetenzregulirung nach objektiven Merkmalen ausgesprochen haben.[97])

Die Bemerkung des Vertreters des Bundesraths v. Amsberg, daß bei der Aufnahme in das Gesetz: „daß nur Klagen aus zweiseitigen Handelsgeschäften zum Ressort der Kammern für Handelssachen gehören, diesen alle Klagen der Nichtkaufleute gegen Fabrikanten, Banquiers, Commissionäre, Spediteure entzogen würden,"[98]) ist unrichtig. Insofern diese Sachen auf klägerischer Seite Handelsgeschäfte sind, wobei der Kläger nicht gerade Kaufmann zu sein braucht, ist die Kammer für Handelssachen zuständig.

Die Handelsgeschäfte zerfallen in Grundgeschäfte, d. h. diejenigen, welche durch die Qualität des Kaufmanns als solchen begründet werden und zwar in objektive (auch absolute), wenn das Geschäft an und für sich ein Handelsgeschäft ist oder in subjektive (auch relative), wenn durch den gewerbsmäßigen Betrieb das Geschäft zum Handelsgeschäft wird, und Hülfsgeschäfte, die nur Handelsgeschäfte sind, weil sie ein Kaufmann geschlossen hat. Für die Zuständigkeit der Gerichte muß dieser Grundcharakter entscheidend sein und es ist hiebei ohne Relevanz, wenn ein Geschäft nicht ausgeführt wurde und deshalb eine Entschädigung geltend gemacht wird.

Als Grundgeschäfte in objektiver Beziehung werden in Art. 271 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs aufgeführt:

---

[97]) Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 477 ff. verglichen mit S. 525 ff. Die Zuständigkeit des Reichsgerichts als oberste Instanz für die handelsrechtlichen Streitigkeiten wird durch diese Aenderung nicht betroffen; diese besteht auch für Klagen gegen einen Kaufmann aus dessen (einseitigen) Handelsgeschäften fort. § 13 Ziff. 1 des Reichsges. v. 12. Juni 1869, die Errichtung eines O.G.H. für Handelssachen betr. und E.G. z. C.P.O. § 13; vgl. unten unter IV. Wenn nun gleich für solche Klagen aus einseitigen Handelsgeschäften die Civilkammer des Landgerichts zu entscheiden hat, ist doch in Bayern nicht das oberste Landesgericht, sondern das Reichsgericht die Revisionsinstanz. E.G. z. G.V.G. § 8 Abs. 1 vergl. mit Abs. 2.

[98]) Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 528.

1. Der Kauf oder die anderweitige Anschaffung von Waaren oder anderen beweglichen Sachen, von Staatspapieren, Aktien oder anderen für den Handelsverkehr bestimmten Werthpapieren, um dieselben weiter zu veräußern; es macht keinen Unterschied, ob die Waare oder anderen beweglichen Sachen in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden sollen.[99])

„Der Kauf." Diesem ist gleichgestellt jede Anschaffung durch ein Rechtsgeschäft, sofern diese Anschaffung nicht eine unentgeltliche ist, für eigene Rechnung erfolgt und der angeschaffte Gegenstand Eigenthum des Anschaffenden bleibt. Occupation, Finden, Schenken sind keine Anschaffungen. Auch das Produkt eigner Thätigkeit ist keine Anschaffung, der Fabrikant, der aus selbstgebauten Rüben Zucker fabrizirt, schafft sich diese nicht an, ebensowenig Eisenwalzwerke das Eisen, das sie aus selbst gegrabenen Erzen schmelzen. Auch selbst gewonnene Bodenerzeugnisse oder andere Erzeugnisse der Oekonomie, wie Milch, Käse, sind keine Anschaffungen, wohl aber erscheinen als solche die Einkäufe von Rohstoffen durch Handwerker, um sie verarbeitet wieder zu verkaufen. Die Veräußerung der angeschafften Waaren ist kein objektives Handelsgeschäft, kann aber ein subjektives werden nach Art. 273 Abs. 3.

„Waaren oder anderen beweglichen Sachen". Die Waare muß auch nach der Verarbeitung wieder als bewegliche veräußert werden können, wenn dadurch ein Handelsgeschäft begründet sein soll. Dagegen ist es ein objektives Handelsgeschäft, wenn die Waare durch die Anschaffung oder den Kauf zum Zwecke der Weiterveräußerung zu einer beweglichen gemacht wird. So hat die Praxis anerkannt, daß in dem Ankauf stehender Stämme aus einem Walde zum Weiterverkaufe ein objektives Handelsgeschäft liegt.

---

[99]) Es würde zu weit führen, hier und bei den folgenden Artikeln des Handelsgesetzbuches die vielfachen ober- und oberstrichterlichen Entscheidungen für einzelne Fälle wiederzugeben. Der Kommentar muß sich auf die kürzeste Darstellung der leitenden Grundsätze beschränken. Vergl. das Nähere Anschütz und v. Völdernborf, Comm. z. H.G. Bd. III S. 2—59. Puchelt Comm. z. H.G.B. Bd. II S. 1—43. Makower Comm. S. 201—208.

Zu den Aktien gehören auch Aktien auf Namen. Auch der Ankauf von Wechseln muß hieher gerechnet werden.

„um dieselben weiter zu veräußern." Veräußerung ist hier im weitesten Sinne gebraucht, es gehört hieher jede in der Absicht eines Gewinnes oder eines andern Vortheils vorgenommenen Entäußerung gegen Vergütung, wie Tausch, Hingabe an Zahlungsstatt.[100])

Ob die Veräußerung wirklich statt fand, ist gleichgültig. Der Zweck der Anschaffung macht das Geschäft zu einem Handelsgeschäft.

„nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung". Dadurch wird bestimmt, daß die theilweise Bearbeitung von Rohstoffen nicht ausgeschlossen sein soll. Ohne Einfluß ist, ob die Bearbeitung oder Verarbeitung durch eigene oder fremde Thätigkeit erfolgt.

2. die Uebernahme einer Lieferung von Gegenständen der unter Ziff. 1 bezeichneten Art, welche der Uebernehmer zu diesem Zwecke anschafft;

Die Veräußerung ist nur dann ein objektives Handelsgeschäft, wenn sie ein Lieferungskauf ist.

„Uebernahme". Hier ist es das umgekehrte Verhältniß der Ziffer 1, welches das Geschäft zum Handelsgeschäft macht, hier geht die Veräußerung voraus, die Anschaffung folgt in der Regel nach.[101])

Auch diese Anschaffung wird als objektives Handelsgeschäft betrachtet werden müssen, da sie geschieht, um weiter zu veräußern. Hat der Lieferant die Sache schon vorher im Besitz, so ist Ziff. 2 nicht anwendbar. Ueber Zweck der Anschaffung gilt das zu Ziffer 1 Bemerkte im umgekehrten Verhältniß; der Zweck, zu welchem angeschafft wurde, ist entscheidend für das objektive Handelsgeschäft, auch wenn er später nicht erreicht wird.

Die Bestellung bei dem Lieferanten ist kein objektives Handelsgeschäft, wenn sie nicht zugleich unter Ziffer 1 fällt und

---

[100]) Vergl. zu Art. 273 Abs. 2.

[101]) Anschaffung und Veräußerung müssen im Causelzusammenhang stehen. Puchelt Comm. z. H.G. Bd. II S. 9.

ein subjektives nur dann, wenn sie durch einen Kaufmann im Betrieb seines Handelsgeschäfts erfolgt.

3. Die Uebernahme einer Versicherung gegen Prämie;

Jede Uebernahme, d. h. durch den Versicherer, ist ein objektives Handelsgeschäft, wenn sie gegen Prämie erfolgt, ohne Rücksicht auf den versicherten Gegenstand, ob Lebensversicherung, Versicherung gegen Brandschaden, gegen Unfall, gegen Hagel, gegen Schaden der Thiere durch Viehseuche und dergleichen.[102])

Die Versicherung auf Gegenseitigkeit ist kein objektives Handelsgeschäft, sie kann aber ein subjektives werden.[103])

4. Die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See und das Darleihen gegen Verbodmung.

Ein objektives Handelsgeschäft liegt hier nur auf Seite desjenigen vor, der die Beförderung übernimmt und der das Darleihen gibt, auf Seite des andern Kontrahenten aber nur, wenn er ein Kaufmann ist.

Subjektive Handelsgeschäfte sind nach Art. 272 des Handelsgesetzbuchs, wenn sie gewerbsmäßig betrieben werden:

1. die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere, wenn der Gewerbsbetrieb des Uebernehmers über den Umfang des Handwerks hinausgeht;

Es ist hier der Handwerksbetrieb im Großen gemeint, wie beispielsweise die Schmiedearbeiten in großen Eisenhämmern gegenüber gewöhnlichen Schmieden. Wird der Rohstoff nicht geliefert, sondern vom Uebernehmer der Arbeit selbst auf Rechnung des Bestellers angeschafft, so liegt außer der Arbeitsübernahme noch ein anderes Geschäft vor. In der Praxis wurde als über den

---

[102]) Auch die seerechtliche Versicherung gehört hieher. Puchelt a. a. O. S. 13.

[103]) Wurde eine Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit auf Grund des Reichsgenossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 oder vor dessen Einführung auf Grund des bayerischen Genossenschaftsgesetzes vom 29. April 1869 in das Genossenschaftsregister eingetragen, so wurde sie dadurch zum Kaufmann.

Umfang des Handwerksbetriebs hinausgehend anerkannt die technischen Geschäfte von Dampfwaschanstalten, große Färbereien, größere Mühlen, Eisenwalzwerke. Auch hier ist die Beauftragung zur Arbeit ebenso wenig ein Handelsgeschäft als nach Art. 271 Ziff. 2 die Bestellung. Die Bearbeitung muß für Andere geschehen, auch die Bearbeitung eigener Produkte gehört nicht hieher.

2. **Die Bankier- oder Geldwechsler-Geschäfte;**

Dazu gehört der Handel mit Münzen, dann Zahlungs- und Kreditgeschäfte aller Art, namentlich das Leihen gegen Verpfändung jeder Art, Ankauf und Verkauf von Werthpapieren und Wechseln, Geben und Nehmen von Kredit und Anlegung fremden Kapitals.

Hieher sind auch die Vorschußvereine, Sparkassen und Hülfsvereine zu rechnen, insofern ihre Geschäfte nicht blos auf ihre Mitglieder beschränkt sind.

3. **Die Geschäfte des Kommissionärs (Art. 360), des Spediteurs und des Frachtführers, sowie die Geschäfte der für den Transport von Personen bestimmten Anstalten;**

Kommissionsgeschäfte sind die Uebernahme eines Auftrags sowie die Ausführung des Auftrags im eigenen Namen des Kommissionärs, nicht aber die in Folge der Ausführung mit dritten Personen abgeschlossenen Geschäfte.[104])

Das Speditionsgeschäft gehört zum Kommissionsgeschäft, was von letzterem gilt, gilt auch von ersterem.

„die Geschäfte — des Frachtführers" d. i. der Transport zu Lande oder in Binnengewässern, wenn er auch durch gewöhnliche Fuhrleute oder Schiffer besorgt wird, während der Transport von Personen nur dann Handelsgeschäft ist, wenn er durch Anstalten betrieben wird, durch Posten, Eisenbahnen, Dampfschifffahrtsgesellschaften, Pferdeeisenbahnen, größere Omnibus- und Droschkenunternehmungen. Es kommt auch hier der Unterschied zwischen handwerkmäßigem und kaufmännischem Betrieb in Betracht.

---

[104]) Da aber der Kommissionär, der gewerbsmäßig Kommissionsgeschäfte treibt, dadurch Kaufmann wird, sind die mit dritten Personen abgeschlossenen Geschäfte hiernach zu beurtheilen.

„für den Transport von Personen bestimmter Anstalten". In der Regel sind die Anstalten, welche Personen transportiren, auch zugleich für den Gütertransport bestimmt und dann fallen sie ohnedies unter Ziff. 3. Ist dies nicht der Fall, so kommt es darauf an, ob der Transport der Person die Hauptsache ist; ein Lohnkutscher wird nicht dadurch zum Kaufmann, daß er auch das Gepäck des Reisenden befördert.

4. die Vermittlung oder Abschließung von Handelsgeschäften für andere Personen; die amtlichen Geschäfte der Handelsmäkler sind jedoch nicht inbegriffen;

Voraussetzung dieser Ziffer ist das Handeln in fremdem Namen, im Gegensatz zum Kommissionär, der in eigenem Namen handelt, wenn auch beide für fremde Rechnung handeln. Es sind hier vorzugsweise die Unterhändler und Vermittler gemeint, die sich allerdings sehr häufig auch Kommissionäre nennen. Auch das Nachweisen einer Geschäftsgelegenheit durch s. g. Nachweisebureaus fällt unter die Vermittlung und gehört hieher, wenn diese ein Handlungsgeschäft betrifft, die Vermittlung anderer Geschäfte gehört nicht unter Ziff. 4.[105])

Provisionsreisende gehören hieher, ebenso Privatmäkler, Agenten eines Kaufmanns, wenn sie für Rechnung eines solchen und in dessen Namen Geschäfte abschließen.

Handelsmäkler, in Süddeutschland gewöhnlich Sensale genannt, sind hauptsächlich für die Vermittlung des Platzhandels bestimmt.

5. die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels; ferner die Geschäfte der Druckereien, sofern nicht ihr Betrieb nur ein handwerksmäßiger ist.

Zu den Verlagsgeschäften gehört auch der Vertrag mit dem Autor des Werkes oder der Vertrag, der sich auf Herstellung des Werks bezieht, mit Papierfabriken, Buchbindern u. dgl., Annoncen in Zeitungen oder andere Geschäfte zur Verbreitung des Werks.

---

[105]) Also nicht Vermittlung von Stellen für Dienstboten, wohl aber für Handlungsgehülfen.

Auch der Verlag von Zeitungen gehört hieher, auch wenn der Verleger selbst Redakteur ist, weil er mit den Mitarbeitern u. dgl. Verträge abschließt,[106]) nicht aber Leihbibliotheken, welche jedoch ein Hilfsgeschäft eines Kaufmanns sein können.

„Druckereien" aller Art, Stein- und Kupfer-Druck ꝛc., auch photographische Anstalten, die Werke vervielfältigen, fallen hierunter, nicht also die Aufnahme eines einzelnen Porträts.

Die bezeichneten[107]) Geschäfte sind auch alsdann Handelsgeschäfte, wenn sie zwar einzeln, jedoch von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes gemacht werden.

So ist die gelegentliche Uebernahme von Waarenlieferungen aller außerhalb eines Bankiersgeschäfts liegenden, z. B. Tuch für die Militärverwaltung durch einen Bankier, ein Handelsgeschäft.

Der Art. 273 ergänzt die beiden vorhergehenden und behandelt die Hilfsgeschäfte eines Kaufmanns. Derselbe lautet:

Alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns, welche zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören, sind als Handelsgeschäfte anzusehen. Dieses gilt insbesondere für die gewerbliche Weiterveräußerung der zu diesem Zwecke angeschafften Waaren, beweglichen Sachen und Werthpapieren, sowie für die Anschaffung von Geräthen, Material und andern beweglichen Sachen, welche bei dem Betriebe des Gewerbes unmittelbar benützt oder verbraucht werden sollen.

Der Absatz 2 führt nur einige Beispiele der vielseitigen Geschäfte an. Hieher gehören Darlehen für das Geschäft, Verträge mit den Aeltern von Handlungslehrlingen, über Ladeneinrichtungen; besonders hervorzuheben ist aber der Weiterverkauf der zum Zwecke des Handels angeschafften Waaren, sei es in veränderter oder in unveränderter Gestalt, die Ausübung des kaufmännischen Gewerbes.

Ferner gehört unter Absatz 2 die Anschaffung von Gegenständen der Verpackung jeder Art, von Emballagen, von Handfuhrwerken, Waagen und Gewichten.

---

[106]) Den Selbstverlag des Autors eines Werkes rechnet Puchelt a. a. O. S. 23 nicht hieher, da er sich als Selbstproduktion darstelle.

[107]) Unter Ziff. 1 bis Ziff. 5 aufgeführten.

Ein Ausnahme statuirt der Artikel selbst in Absatz 3:

Die Weiterveräußerungen, welche von Handwerkern vorgenommen werden, sind, insoweit dieselben nur in Ausübung des Handwerksbetriebs geschehen, als Handelsgeschäfte nicht zu betrachten.

Handwerker, welche nicht zum Behufe von Verarbeiten angeschaffte Rohstoffe verarbeiten, sind keine Kaufleute, ihre Verkäufe keine Handelsgeschäfte, sie verwerthen blos ihre Dienstleistungen; gerade die gewerbsmäßige Anschaffung von Rohstoffen zum Verarbeiten nach Art. 271 Abs. 1 macht den Handwerker zum Kaufmann. So sind die s. g. Lohnmüller, die lediglich ihre Mahlgäste bedienen, keine Kaufleute, aber Müller, die Getreide, wie es in der Regel geschieht, ankaufen um es zu mahlen und das Mehl verkaufen oder wieder Getreide eintauschen, sind Kaufleute; der Schneider, der nur nach Maaß auf Bestellung arbeitet, ist kein Kaufmann, selbst wenn er die Stoffe dazu gibt, aber der Schneider ist Kaufmann, wenn er Kleider verkauft oder ein großes Tuchlager besitzt.[108])

In der Praxis rechnet man ferner zu den Kaufleuten: Apotheker, Bäcker, Brauer, Gerber, Kürschner, Flaschner, Schäffler, Schreiner, Schuhmacher; treiben sie ihr Geschäft im Großen, so sind ihre Weiterveräußerungen nach Absatz 2 Art. 273 für sie Handelsgeschäfte.

Der Art. 274 des Handelsgesetzbuchs schafft für die Geschäfte eines Kaufmanns eine Rechtsvermuthung, er bestimmt:

Die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge gelten im Zweifel als zum Betrieb des Handelsgewerbes gehörig.

Die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betrieb des Handelsgewerbes gezeichnet, sofern sich nicht aus denselben das Gegentheil ergibt.

Es sind hier alle Geschäfte eines Kaufmanns in Betracht zu ziehen, zweiseitige wie einseitige Handelsgeschäfte. Die in Abs. 1 aufgestellte Vermuthung ist keine praesumtio juris et de jure, sie läßt einen Gegenbeweis zu, z. B. daß ein Kaufmann ein Darlehen aufgenommen, um damit ein Wohnhaus zu bauen.

---

108) E. d. R.O.H.G. Bd. VII S. 240.

So lange aber für den Richter ein Zweifel besteht, hat derselbe trotz eines geführten Beweises über das Gegentheil ein Handelsgeschäft anzunehmen.

Dagegen stellt der Absatz 2 des Artikels eine **praesumtio juris et de jure** auf, denn wenn sich aus dem Schuldscheine selbst das Gegentheil ergibt, fällt die Rechtsvermuthung ohnehin weg.

Die kaufmännischen Verpflichtungsscheine, welche einen Verpflichtungsgrund nicht enthalten (Art. 301), müssen daher unbedingt als im Handelsgewerbe des Kaufmanns gezeichnet gelten.

Art. 275. **Verträge über Immobilien sind keine Handelsgeschäfte.**

Was Immobilien sind, ist nach dem Civilrechte zu beurtheilen (vgl. § 25). Verträge, deren Gegenstand ein Handelsgeschäft betreffen, wenn zugleich ein Immobile oder diesem gleich geachtetes Recht dadurch berührt wird, fallen nicht unter Art. 275, insofern nur das Handelsgeschäft die Hauptsache bildet;[109]) das festzustellen wird in der Regel Thatfrage sein.

Art. 276. **Die Eigenschaft oder die Gültigkeit eines Handelsgeschäftes wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß einer Person wegen ihres Amtes oder Standes oder aus gewerbspolizeilichen oder anderen ähnlichen Gründen untersagt ist, Handel zu treiben oder Handelsgeschäfte zu schließen.**

Der Artikel umfaßt die durch das Handelsgesetzbuch selbst aufgestellten Verbote, dann alle partikularrechtlichen.

II. **Aus einem Wechsel im Sinne der Wechselordnung;**

Auch hier wird aus den angeführten Gründen vorausgesetzt, daß der Wechsel einen Betrag von mehr als dreihundert Mark repräsentirt.[110])

---

[109]) § 25 Anm. 18.

[110]) Der Vertreter des Bundesraths, v. Ansberg erklärte, die verbündeten Regierungen seien damit einverstanden, daß die Handels- und Wechselsachen bei den Amtsgerichten gelassen würden. Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 528—530.

Die in den Artikeln 301, 302 und 304 des Handelsgesetzbuchs aufgeführten indossabeln Urkunden gehören hieher nicht,[111]) ebenso wenig Klagen auf Herausgabe von Wechseln oder Amortisation von solchen.

Selbstverständlich ist es gleichgültig, ob die Parteien zu Kaufleuten zu rechnen sind oder nicht. Die bei Berathung in der Justizkommission beantragte Aenderung „von einem Kaufmann gegen einen Kaufmann im Sinne der Wechselordnung"[112]) wurde abgelehnt. Allerdings waren hiebei noch Handelsgerichte in Aussicht genommen und Ziff. II gestrichen worden, weil alle Wechselsachen vor die bürgerlichen Gerichte gehören sollten.

„im Sinne der Wechselordnung" d. h. aus dem Formalkontrakte.

Wird aus dem dem Wechsel zu Grunde liegenden civilrechtlichen Verhältnisse geklagt, so gehört die Klage, wenn nicht die Voraussetzungen der Ziffer 1 dieses Paragraphen gegeben sind, nicht zur Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen.

III. aus einem der nachbezeichneten Rechtsverhältnisse:

a) aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft, zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber eines Handelsgewerbes, zwischen den Theilnehmern einer Vereinigung zu einzelnen Handelsgesellschaften oder einer Vereinigung zum Handelsbetriebe (Art. 10 des Handelsgesetzbuchs), sowohl während des Bestehens als nach Auflösung des geschäftlichen Verhältnisses, sowie aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Liquidatoren oder den Vorstehern einer Handelsgesellschaft und der Gesellschaft oder den Mitgliedern der Gesellschaft;

„einer Handelsgesellschaft". Dieser Kollektivname umfaßt die offene Handelsgesellschaft, die Aktiengesellschaften, die Comanditgesellschaften ꝛc.[113])

---

[111]) Besond. Begr. zu § 83 des G.V.G. unter 3 a. E.

[112]) Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 484.

[113]) Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 489. 490.

Es sind hier die Rechtsverhältnisse aufgeführt, welche aus Handelsgeschäften zwischen den Betheiligten entstehen. Daß hier die Parteien nicht Kaufleute sein müssen, um die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen zu begründen, geht schon aus der Hinweisung auf die stillen Gesellschafter, die ja, wie die Comanditisten, auch Nichtkaufleute sein können, hervor.

Art. 90 des Handelsgesetzbuchs erklärt für die Verhältnisse der Gesellschafter unter sich primär den Gesellschaftsvertrag für maßgebend. Fehlt es an einem solchen, so haben sich die Gesellschafter stillschweigend dem bürgerlichen Rechte unterworfen. Die Rechtsverhältnisse zwischen dritten Personen und den in Ziff. III genannten gehören nicht hieher.

b) **Aus dem Rechtsverhältnisse, welches das Recht zum Gebrauche der Handelsfirmen betrifft;**

Das Recht zum Gebrauch einer Firma kann durch Kauf und Pacht eines Handelsgeschäftes oder einen andern Rechtsakt auf eine andere Person übergehen.

Hieher gehören auch Klagen auf Entschädigung wegen widerrechtlichen Gebrauchs einer Firma.

c) **aus den Rechtsverhältnissen, welche sich auf den Schutz der Marken, Muster und Modelle beziehen;**

Diese Bestimmung wurde von der Justizkommission des Reichstags in den Entwurf und dann in das Gesetz aufgenommen, wobei darauf hingewiesen wurde, daß die Bestimmungen des inzwischen erlassenen Reichsgesetzes vom 11. Januar 1876, betreffend die Urheberschaft von Mustern und Modellen, entsprechende Berücksichtigung finden müßten.[114])

Bei der Berathung wurde bemerkt, es sei in der Subkommission vorgeschlagen worden einzufügen „oder eines Waarenzeichens", die jetzige Fassung aber namentlich in Rücksicht auf § 19 des Markenschutzgesetzes aufgenommen worden. Das Gesetz schütze allerdings die Waarenzeichen nur dann, wenn der Betreffende

---

[114]) Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 525. Vergleiche auch das Reichsges. vom 30. Nov. 1874 über Markenschutz.

im Handelsregister eingetragen sei, den Namen und die Firma aber auch ohne diese Voraussetzung; und damit fielen unter das Gesetz auch solche Verhältnisse, die sich nicht innerhalb der Sphären des eigentlichen Handelsverkehrs bewegten, z. B. landwirthschaftliche Produktion (Marken auf Butter, Käse u. s. w., wenn sie in dem Namen des Produzenten bestehen) und Kleingewerbe. Man habe jedoch an einem Reichsgesetze nichts ändern wollen und anderseits nicht verkannt, daß es doch einigermaßen in das Gebiet des kaufmännischen Verkehrs einschlage, wenn gewisse Artikel mit Namen versehen und dadurch besonders gekennzeichnet würden, um im Zwischenhandel als Waare eines gewissen Produzenten zu erscheinen.[115])

d) **Aus dem Rechtsverhältnisse, welches durch die Veräußerung eines bestehenden Handelsgeschäftes zwischen den Kontrahenten entsteht;**

Nach dem Wortlaute des Gesetzes gehört hieher jedes auf die Veräußerung bezügliche Rechtsgeschäft.

Auch hier ist gleichgültig, ob die Kontrahenten Kaufleute sind oder nicht. Die Klagen der Rechtsnachfolger eines Kaufmanns fallen hieher ebenso gut wie die des Kaufmanns selbst, der sein Handelsgeschäft veräußert.

„Veräußerung" ist hier im weitesten Sinne gebraucht, es gehört daher hieher der Tausch von Handelsgeschäften selbst dann, wenn der Tausch gegen ein Immobile stattgefunden hat, auch genügt zur Begründung der Zuständigkeit, daß die Veräußerung des Handelsgeschäftes die Hauptsache bildet, wenn zugleich mit dem Handelsgeschäfte auch andere Sachen veräußert werden.

e) **Aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Prokuristen, dem Handelsbevollmächtigten oder Handlungsgehülfen und dem Eigenthümer der Handelsniederlassung, sowie aus dem Rechtsverhältnisse einer dritten Person und demjenigen, welcher ihr als Prokurist oder Handelsbevoll-**

---

[115]) Prot. d. J.-K. S. 491 (82. Sitzung).

mächtigter aus einem Handelsgeschäfte haftet (Art. 55 des Handelsgesetzbuchs);

Das Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer einer Handelsniederlassung, d. i. dem Prinzipale, und dem Prokuristen, Handelsbevollmächtigten, ist durch die Art. 41—54, 56 des Handelsgesetzbuchs, das Rechtsverhältniß zwischen Prinzipal und Handlungsgehülfen, d. i. Handlungsdienern und Handlungslehrlingen, durch Art. 57—64, das Rechtsverhältniß zwischen Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten und Dritten durch Art. 55 des Handelsgesetzbuchs geregelt.

f) **Aus dem Rechtsverhältnisse, welches aus den Berufsgeschäften des Handelsmäklers im Sinne des Handelsgesetzbuchs zwischen diesem und den Parteien entsteht;**

g) **Aus den Rechtsverhältnissen des Seerechts, insbesondere aus denjenigen, welche auf die Rhederei, die Rechte und Pflichten des Rheders, des Korrespondentrheders und der Schiffsbesatzung, auf die Bodmerei und die Havarei, auf den Schadenersatz im Falle des Zusammenstoßens von Schiffen, auf die Bergung und Hülfeleistung in Seenoth und auf die Ansprüche der Schiffsgläubiger sich beziehen.**

„insbesondere". Das Gesetz führt die meistens vorkommenden Fälle beispielsweise an, während alle Klagen aus den Rechtsverhältnissen des Seerechts zur Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen gehören. Dazu sind namentlich die Klagen aus den Vertragsverhältnissen der Seemannsordnung vom 27. Dez. 1872 zu rechnen.

III.

Die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte, soweit sie hieher gehört, bestimmt § 123 des Gerichtsverfassungsgesetzes dahin:

Die Oberlandesgerichte sind zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel:

1. **der Berufung gegen die Endurtheile der Landgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten;**

2. der Beschwerde gegen Entscheidungen der Landgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

IV.

Zuständigkeit des Reichsgerichts. Hieher gehört § 135 des Gerichtsverfassungsgesetzes:

„In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist das Reichsgericht zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel:

1. der Revision gegen die Endurtheile der Oberlandesgerichte;
2. der Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte (vgl. § 531 Abs. 2).

Die Zuständigkeit des Reichsgerichts kann beschränkt und erweitert werden.

In erster Beziehung bestimmt § 8 des Einführungsgesetzes zum G.V.G.

Durch die Gesetzgebung eines Bundesstaats, in welchem mehrere Oberlandesgerichte errichtet werden, kann die Verhandlung und Entscheidung der zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehörenden Revisionen und Beschwerden in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten einem obersten Landesgerichte zugewiesen werden. Diese Vorschrift findet jedoch auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, welche zur Zuständigkeit des Reichsoberhandelsgerichts gehören oder durch besondere Reichsgesetze dem Reichsgerichte zugewiesen werden, keine Anwendung.

Die Zuständigkeit des Reichsoberhandelsgerichts als oberste Instanz ist bestimmt:

a) für Handelssachen durch § 13 des Reichsgesetzes vom 12. Juni 1869, Errichtung eines obersten Gerichtshofes für Handelssachen betr. Derselbe stimmt mit § 101 des G.V.G. mit der Ausnahme, daß letzterer in Ziffer I den Zusatz enthält: „welche auf Seiten beider Kontrahenten Handelsgeschäfte sind“;[116])

---

[116]) Vergl. S. 43, I. u. Anm. 97.

b) für Entschädigungsansprüche nach dem Reichsgesetze vom 1. Juni 1870 über die Abgaben von der Flößerei (§ 2 Abs. 3 dieses Gesetzes);[117])

c) für Streitigkeiten über Ansprüche auf Entschädigung oder Einziehung nach dem Reichsgesetze vom 10. Juni 1870 über das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken (§ 32 Abs. 1 dieses Gesetzes);

d) für die durch die Reichskonsuln entschiedenen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (§§ 22 und 24 des Reichsges. vom 8. Nov. 1867, betr. die Organ. d. Bundeskons. und § 3 des Reichsges. vom 22. April 1871 die Einführung der deutschen Bundesges. in Bayern, bezw. Zusatz zu § 24 des angeführten Gesetzes vom 8. Nov. 1867;

e) für Entschädigung nach dem Reichsgesetz vom 7. Juni 1871, betr. die Verbindlichkeit zum Schadenersatze für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken u. s. w. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen (§ 10 dieses Gesetzes);

f) für die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in Elsaß-Lothringen nach Reichsgesetz vom 14. Juni 1871, betr. die Bestellung des Reichsoberhandelsgerichts zum obersten Gerichtshofe für Elsaß-Lothringen (§ 1 dieses Gesetzes);

g) für Streitigkeiten auf Grund des Reichsgesetzes vom 31. März 1873, betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, sowohl bei Ansprüchen der Reichsbeamten gegen den Fiskus, als bei Ansprüchen gegen Reichsbeamte wegen Ueberschreitung amtlicher Befugnisse oder pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen (§§ 152 Abs. 2., 153, 154 Abs. 2 dieses Gesetzes).[118])

h) für Ansprüche, die durch Klage oder Widerklage aus Rechtsverhältnissen geltend gemacht werden, welche auf die Bergung außer dem Falle der Seenoth sich beziehen (§ 44 des Reichsges. vom 17. Mai 1874, Strandesordnung betr.).[119])

---

[117]) Vergl. S. 36.

[118]) Vergl. S. 37.

[119]) Vergl. allgem. Begr. d. E. d. G.V.G. IV.

In zweiter Richtung ist die Bestimmung des § 3 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze anzuführen:

„Auch kann die Gerichtsbarkeit letzter Instanz in den vorerwähnten Sachen[120]) auf Antrag des betreffenden Bundesstaates mit Zustimmung des Bundesraths durch kaiserliche Verordnung dem Reichsgerichte übertragen werden."

§ 2.

Insoweit nach dem Gesetze über die Gerichtsverfassung die Zuständigkeit der Gerichte von dem Werthe des Streitgegenstandes abhängt, kommen die nachstehenden Vorschriften zur Anwendung.

„In so weit" bezieht sich auf die §§ 23, 70 und 101 des Gerichtsverfassungsgesetzes und die dortigen Unterscheidungen und hat daher die sachliche Zuständigkeit berücksichtigt, auch wenn das Wort „sachlich" vor Zuständigkeit im Gesetzestexte nicht steht. Durch die Worte „in so weit" soll deshalb nicht angedeutet werden, daß außer dem bemerkten Falle die Anwendung der folgenden §§ ausgeschlossen sei, denn § 508 macht die Revision von dem Werthe des Streitgegenstandes nach den §§ 3—9 abhängig, ebenso § 649 Ziff. 3 die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urtheile.

„von dem Werthe des Streitgegenstandes." Das Gesetz hat hier und in den folgenden Paragraphen absichtlich den Ausdruck „Streitgegenstandes" gebraucht, weil auch der Werth des Gegenstandes der Widerklage auf die Zuständigkeit der Gerichte Einfluß äußert.[1])

Die Motive zu § 3 bemerken unter Bezugnahme auf die Protokolle der norddeutschen Prozeßkommission Bd. I S. 80: „Für die Werthschätzung wird der nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilende Werth des Streitgegenstandes maßgebend sein."

Der Werth des Streitgegenstandes (pretium rei — res auch für Bezeichnung von Rechten gebraucht) ist entweder ein absoluter, der im gewöhnlichen Verkehrsleben vorkommende regelmäßige Preis

---

[120]) Abs. 1, siehe S. 42.

[1]) Vergl. zu § 5.

eines Gegenstandes (verum rei pretium, aestimatio vera) der in der Regel mit „Verkehrswerth“ [2]) bezeichnet wird, oder ein relativer (utilitas), welcher unter besondern in der Person des Besitzers oder der Sache gelegenen Verhältnissen, für den Klagsgegenstand einen andern als den gewöhnlichen Werth, des id quod interest, repräsentirt. [3])

Der relative Werth muß nicht immer gerade ein höherer als der Verkehrswerth sein, es kann die Erhaltung eines Gegenstandes für den gegenwärtigen Besitzer desselben eine sehr kostspielige sein, für einen andern nicht. Durch die Erhaltungskosten verringert sich der relative Werth für den ersteren.

Außer dem absoluten oder relativen Werth eines Streitgegenstandes kann aber noch eine dritte Werthsbestimmung in Betracht kommen, der s. g. Affektionswerth, bei welchem nicht der relative Werth, das sachliche Interesse, sondern persönliche Eigenschaften des Besitzers, seine Neigung zu der Sache selbst, oder der Persönlichkeit von der er sie erhalten (Andenken), Liebhaberei und dgl. als werthbestimmend erscheinen.

Das röm. Recht hat den Grundsatz aufgestellt, daß bei der aestimatio nur auf den gemeinen oder Verkehrswerth zu sehen sei, im Gegensatz zur affectio und utilitas singulorum. [4])

---

[2]) Verschieden hievon ist der „Marktwerth“ oder „Marktpreis“. Das ist der mittlere Preis einer Waare, welcher sich aus der Vergleichung der zur Zeit und am Orte der in Frage stehenden Lieferung geschlossenen Verträge ergibt. Dieser zunächst für Art. 343 des Handelsgesetzbuchs anzuwendende Grundsatz kann auch bei Entschädigungsklagen maßgebend sein. Erk. d. H.A.G. zu Nürnberg in dessen Samml. wicht. Ent. Bd. II S. 354, E. d. R.O.H.G. Bd. II S. 194, auch Bd. VII S. 174, Bd. IX S. 129. Daß der Marktwerth solcher Werthpapiere, die einem Kurse unterliegen, der jeweilige Kurswerth ist, wurde in der Praxis längst anerkannt, für das „freie Ermessen des Gerichts“ ist er aber nicht maßgebend.

[3]) Als Beispiele eines relativ höheren Werthes führen die Prot. zum hannov. E. S. 376 an, wenn aus einem Viergespann ein Pferd getödtet wird, wenn es sich um ein Grundstück handelt, das wegen seiner Lage einen ganz besonderen Werth hat. Vgl. auch Seuffert Archiv Bd. XVI N. 224, Bd. XX N. 135.

[4]) Fr. 33 p. ad leg. Aqu. (IX, 2); fr. 63 pr. ad leg. Falc. (XXXV, 2.)

Die Civilprozeßordnung hat diesen Grundsatz bei der Werthbestimmung des Streitgegenstandes behufs der Zuständigkeit der Gerichte nicht adoptirt.

Der Werth des Streitgegenstandes ist oft ein scheinbarer. Wer eine Sache gegen eine andere unter Aufgabe vertauscht hat und seine Sache gegen die Zurückgabe der eingetauschten wieder verlangt, weil die Aufgabe nicht gezahlt wurde, der hat gleichwohl nicht ein Interesse an der Aufgabe und dem Werth dieser; der Differenzwerth der beiden Tauschobjekte repräsentirt nicht den Werth des Streitgegenstandes, sondern es kommt das ganze Vertragsverhältniß in Betracht, dessen Aufhebung wegen Nichterfüllung verlangt wird.

Die Differenz kann allerdings oft den Werth des Streitgegenstandes fixiren und namentlich im kaufmännischen Verehr wird dies sehr oft der Fall sein, wie bei Klagen auf die Differenz zwischem dem Einkaufspreise der nicht gelieferten Waare und dem höhern Preis, um welchen der Käufer sie wieder verkauft hätte. Auch bei einem solchen Differenzwerthe können Nebenforderungen vorkommen, z. B. wenn der Müller, weil ihm das gekaufte Getreide nicht geliefert wurde und er sich in der Erwartung der Lieferung nicht rechtzeitig mit anderm versehen hat, die Mühle still stehen lassen mußte und den hieraus entstehenden Schaden fordert.[5])

§ 3.

Der Werth des Streitgegenstandes wird von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt; dasselbe kann eine beantragte Beweisaufnahme sowie von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

„Der Werth des Streitgegenstandes.“ Aus Zweckmäßigkeitsgründen ist instruktionell vorgeschrieben, daß die Klage, bezw. die Ladungsurkunde den Werth des nicht in einer bestimmten Geldsumme

---

[5]) Seuffert Archiv Bd. XXIII N. 216.

bestehenden Streitgegenstandes angeben soll, wenn die Zuständigkeit des Gerichtes von diesem Werthe abhängt[1]) (§§ 230, 456).

Es ist dies geschehen um die Zuständigkeit im Falle der Beanstandung darnach bemessen zu können.

„von dem Gerichte." Nicht bloß das Gericht erster Instanz hat das Recht des freien Ermessens des Werths eines Streitgegenstandes, sondern auch das Obergericht, wenn der Rechtsstreit im Wege der Berufung an dasselbe devolvirt wird, weil das Untergericht sich auf Grund der Werthfestsetzung für unzuständig erklärt hat.[2])

„nach freiem Ermessen." Die Gerichte sind deßhalb an den Antrag auf Beweisaufnahme nicht gebunden, sie können mit Umgehung der Entscheidung hierüber selbständig den Werth bestimmen. Diese Berechtigung des Gerichts erscheint besonders wichtig, wenn bei Schadenersatzklagen sich der vermögensrechtliche Anspruch annähernd so weit in Geldeswerth anschlagen läßt, um die Zuständigkeitsfrage hienach entscheiden zu können,[3]) da außerdem oft ein langwieriges Beweisverfahren schon bei Beginn eines Rechtsstreites nothwendig sein würde. Die Werthsbestimmung durch das Gericht darf aber nicht auf einer beliebigen Annahme desselben beruhen, durch die das Gericht sich ohne weiters für zuständig oder unzuständig erklären könnte, sie muß vielmehr auf die gewöhnliche Erfahrung eines vernünftigen Menschen, zu der besondere technische Kenntnisse nicht erforderlich sind, sich gründen.

Sind solche technische Kenntnisse nothwendig, dann kann das Gericht in Anwendung des in § 135 ausgesprochenen Grundsatzes zur Feststellung des Werthes des Streitgegenstandes Gutachten von Sachverständigen erheben, es muß dies aber nicht, namentlich aber dann nicht, wenn seine Mitglieder zufällig solche Kenntnisse in dem Grade besitzen sollten, daß sie ihr „Ermessen" für maßgebend erachten, wie dies bei Handelsrichtern oft der Fall sein wird. In der Regel wird der Verkehrswerth der maßgebende sein.

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 3—9; vergl. auch zu § 230.

[2]) Vergl. zu § 487.

[3]) § 1 Anm. 66.

Aber auch hierin muß dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben, festzustellen, was in einem konkreten Falle der Verkehrswerth ist.

Uebrigens kann ausnahmsweise auch der Affektionswerth in Anschlag gebracht werden,[4]) wenn nach dem Inhalte der Klage ein solcher beansprucht wird oder ein höherer als der Verkehrswerth, wenn der Streitgegenstand einen relativ höheren Werth hat und derselbe beansprucht wird.[5])

Selbstverständlich sind auch derartige Werthsbestimmungen, wie überhaupt alle provisorischen Werthbestimmungen, nur für die Zuständigkeit der Gerichte entscheidend, keineswegs aber folgt hieraus, daß unter allen Umständen der Affektionswerth oder der höhere Werth, den ein Klagegegenstand für die Partei hat, dieser bei einem obsieglichen Urtheil auch zuerkannt werden muß.

Der Beschluß, daß eine Beweisaufnahme zur Prüfung des Werthes des Streitgegenstandes stattzufinden habe, der aber nur auf Antrag zu erlassen ist, während die Einnahme eines Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige unabhängig von einem Parteiantrage ist, ist unanfechtbar (§ 320).

Die Beweisnahme selbst richtet sich nach den Vorschriften des fünften bis elften Titels der Civilprozeßordnung (§ 257).

Auch müssen, da das Gesetz im Allgemeinen ein Beweisverfahren gestattet, alle zur Führung eines Beweises gestatteten Beweismittel zulässig sein, aber nicht die eidliche Schätzung des Werthes des Streitgegenstandes. Der § 410 spricht nur von der

---

[4]) Es ist zwar diese Ansicht nur in den Motiven niedergelegt, sie muß aber zur Geltung kommen, wo nach den Bestimmungen des partikularen Civilrechts auch der erkennende Richter den Affektionswerth zu berücksichtigen hat. Preuß. L.R. Th. I Tit 6 § 94 ff. Das Württembergische Strafgesetzbuch hatte in Art. 318, 350 und 360 bei Schadenersatz wegen Diebstahls, Unterschlagung, Betrug und Fälschung die Zuerkennung eines höheren als des gemeinen Werths für den Beschädigten zulässig erklärt. Diese Bestimmung fiel mit der Einführung des R.St.G.B. hinweg, dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß unter Umständen auf den relativ höhern Werth als den gemeinen Werth anerkannt werden kann. Auch die §§ 662 u. 78 des sächs. bürg. G. und Motive hiezu erkennen die Zuerkennung des relativ höhern Werthes unter Umständen an.

[5]) Bes. Begr. d. E. zu § 3—9.

Zulässigkeit der Eidesdelation über Thatsachen, die Werthschätzung ist keine Thatsache und kann nicht beschworen werden.[6])

Die Frage, ob analoge Anwendung des § 260 gestattet ist, muß verneint werden. Dort handelt es sich um definitive Entscheidung des Interesses, hier um provisorische Feststellung des Verkehrswerths behufs der Zuständigkeit, dort ist die Zulässigkeit des Eides von einer richterlichen Anordnung abhängig gemacht, hier bei theilweise wörtlich gleichem Inhalt des Paragraphen die richterliche Anordnung auf Begutachtung durch Sachverständige und Augenschein beschränkt.[7])

Selbst nach erfolgter Beweisaufnahme und darauf gegründetem Gutachten von Sachverständigen sind die Gerichte an dieses nicht gebunden, auch dann nicht, wenn das Gutachten aller Sachverständigen ein gleiches sein sollte,[8]) immer entscheidet das Ermessen des Gerichts.

Daß, wenn nur eine bestimmte Geldforderung den Streitgegenstand bildet, eine Werthbestimmung wegfällt, versteht sich von selbst. Das geht auch deutlich aus den §§ 230 Abs. 3, 456 hervor.[9])

Der Werth des Streitgegenstandes ist aber nur in zwei Fällen von dem Gerichte zu prüfen,[10])

1) wenn er streitig ist und auf Grund der behaupteten Differenz die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts begründet wird,

---

[6]) Die Ansicht Uebel Comm. z. C.P.O. § 3, daß die §§ 410—439 auch für die Werthbestimmung anzuwenden, ist nicht richtig. Der Eid ist nur zulässig über Thatsachen, die für die Werthbestimmung von Einfluß sein können, wie z. B. daß der Gegner denselben Klagegegenstand schon öfter um denselben Preis gekauft habe u. dergl.

[7]) Wenn auch die Motive zu § 260 (250 d. E.) sagen, „dieser Eid ist eine Species des richterlichen Eides", steht das nicht entgegen.

[8]) Der gemeinrechtliche Grundsatz, daß bei ungleichen Schätzungen dem Prinzip des Durchschnitts zu folgen sei — Seuffert Archiv Bd. IX N. 353 — kann hier nur als Leitfaden benützt werden.

[9]) Vergl. zu § 230 und über Geldforderung bei alternativen Leistungen S. 33.

[10]) Im Falle des § 103 Abs. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes ist die Kammer für Handelssachen nur befugt, von Amtswegen den Werth des Streitgegenstandes zu prüfen, aber nicht verpflichtet; dieser Fall gehört also nicht hieher.

2) unter gewissen Voraussetzungen, wenn gegen den nicht erschienenen Beklagten ein Versäumungsurtheil erwirkt werden soll.

ad 1. Die Bestreitung des Werths eines Klagegegenstandes an und für sich ändert im Falle einer behaupteten Pluspetition selbst nichts an dem Willen einer Partei, sich dem für den konkreten Fall unzuständigen Gerichte unterwerfen zu wollen und die Unterlassung der Einrede der Unzuständigkeit und die Einlassung vor dem unzuständigen Richter gilt als solche Unterwerfung (§ 39).

Trotz einer behaupteten Pluspetition kann eine ausdrückliche Vereinigung der Parteien vor einem bestimmten Gerichte für einen bestimmten Fall Recht zu geben und zu nehmen vorliegen, oder es hat der Beklagte, trotz der behaupteten Pluspetition, ein Interesse, die Zuständigkeit des Gerichts nicht zu beanstanden.

ad 2. Eine Prüfung des Werths des Streitgegenstandes ist offenbar zu unterlassen, wenn das Gericht zwar sachlich unzuständig ist, aber außer Zweifel gestellt wird, daß zwischen den Parteien Prorogation stattgefunden habe.[11])

Auch wenn das angegangene Gericht nach Inhalt der Klage sachlich zuständig ist, bedarf es zur Erlassung eines Versäumungsurtheils gegen den ausgebliebenen Beklagten keiner Prüfung des Werths des Streitgegenstandes. Für die Zuständigkeit eines Gerichts entscheidet allerdings nicht der in der Klage (§§ 230, 460) angegebene Werth, den anzugeben übersehen worden sein kann, und der, wenn beide Parteien zur Verhandlung vor dem Amtsrichter erscheinen (§ 461), ohnedieß vorher nicht bekannt ist, sondern nur der in der öffentlichen Sitzung behauptete (§§ 128 Abs. 3, 230 Abs. 3); allein der Kläger kann durch mündliche thatsächliche Erklärungen allein, ohne vorherige schriftliche Mittheilung, dem kontumax ausgebliebenen Beklagten gegenüber die thatsächliche Werthsangabe nicht ändern,[12]) diesem gegenüber muß die Werthsangabe dieselbe bleiben, es sei denn, daß dieselbe vor der Verhandlung mittelst Schriftsatzes geändert wurde. Die

---

[11]) Was bei Streitigkeiten zwischen Versicherungsgesellschaften und Versicherten durch die veröffentlichten Statuten wohl regelmäßig nachzuweisen ist.

[12]) Vergl. die Bemerkungen zu § 296.

Werthbezeichnung ist immer ein thatsächliches Vorbringen, das bei Erlassung eines Versäumungsurtheils nur dann berücksichtigt werden kann, wenn es dem ausgebliebenen Beklagten mittelst Schriftsatzes rechtzeitig mitgetheilt wurde[13]) und in der Regel wird das Verhandeln des Klägers lediglich in dem Verlesen der Klage oder der schriftlichen Nachträge hiezu bestehen.[14])

In dem einen wie dem andern Falle gelten bei dem Ausbleiben des Beklagten die durch das mündliche Vorbringen des Klägers lediglich erörterten thatsächlichen Behauptungen für zugestanden. Nach der Fiktion dieses Zugeständnisses, auf Grund der als zugestanden angenommenen Thatsachen hat das Gericht seine Kompetenz zu prüfen, wird aber durch diese Fiktion nicht gehindert, eine weitere Prüfung seiner Kompetenz da eintreten zu lassen, wo diese von Amtswegen[15]) zu berücksichtigen ist.

Diese Ansicht wurde bei Berathung des norddeutschen Entwurfs, dessen § 12 Abs. 2 mit unserem § 3 übereinstimmt, als die der Kommission konstatirt.[16]) Auf die Protokolle dieser Kommission beziehen sich, theilweise mit ihnen ganz übereinstimmend, die Motive zu §§ 285—292.[17]) Der vom Kläger schon in der Klageschrift angegebene und bei der mündlichen Verhandlung von ihm nur bestätigte Werth des Streitgegenstandes entscheidet also auch bei Erlassung eines Versäumungsurtheils für die Zuständigkeit.[18])

---

[13]) Vergl. zu §§ 295, 298, 300—302 und bes. Begr. d. E. zu §§ 285, 288, 290—292.

[14]) Prot. d. J.K. S. 112.

[15]) Vergl. §§ 25, 38.

[16]) Prot. z. nordd. E. S. 615 ff.

[17]) Wenn die Motive zu §§ 3—9 bemerken: „der Werth des Streitgegenstandes ist von dem Gerichte in Gemäßheit der Bestimmungen über die Prorogation (§§ 38, 39) nur zu prüfen, wenn derselbe unter den Parteien streitig ist oder wenn gegen den nicht erschienenen Beklagten ein Versäumungsurtheil zu erlassen ist", so kann dies auf Fälle, bei denen nach dem thatsachlichen Vorbringen des Klägers das Gericht sachlich zuständig ist, keinen Einfluß äußern.

[18]) A. M. auf Grund der in der vorigen Anmerkung angegebenen Motive Siebenhaar, Comm. z. C.P.O. S. 33. Bödiker, R.C.P.O. zu § 3 Anm. 1. Struckmann und Koch, C.P.O. § 3 Nr. 1. Ebenso Puchelt,

Dieß gilt für den Anwaltsprozeß wie für den Parteiprozeß, auch hier natürlich vorausgesetzt, daß das mündliche Vorbringen dem Beklagten vorher rechtzeitig schriftlich mitgetheilt wurde.[19])

Dagegen muß eine Prüfung des Streitgegenstandes eintreten, wenn der Werth des Streitgegenstandes in der Klage gar nicht angegeben war, denn dann kann ihn der Kläger auch im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht nachschleppen, weil hierin ein neues thatsächliches Vorbringen liegen würde. Das Gericht muß daher diesen Werth bei dem Mangel eines fingirten Zugeständnisses prüfen.

Ist der Gegenstand des Streits eine alternative Leistung, z. B. der Beklagte hat sich verpflichtet, dem Kläger anstatt des von diesem erhaltenen Darlehens ein Paar Pferde oder ein bestimmtes Grundstück abzutreten, so ist der Werth beider Gegenstände, wenn für die Zuständigkeit bestritten, zu prüfen, und der höhere entscheidet für die Zuständigkeit, da bei Erhebung der Klage der Kläger nicht wissen kann, für welche Leistung sich der Beklagte entscheidet,[20]) oder welche Leistung ihm überhaupt noch möglich ist und ihm möglicher Weise die dem Verkehrswerth nach größere Leistung persönlich leichter fällt, als die andere.[21])

Hier mag die Beantwortung der Frage Platz finden, ob der Kläger beim Ausbleiben des Beklagten durch Aenderung der Klage nach § 240 Nr. 2 (Reduktion des Werths des Klagegegenstandes) ein sachlich unzuständiges Amtsgericht zuständig machen und hierdurch ein Kontumazialurtheil erwirken kann? Sie beantwortet sich schon nach dem Bemerkten mit „Nein".[22])

§ 128 Abs. 3 steht nicht entgegen, denn dieser setzt voraus, daß beide Parteien erschienen sind, ebensowenig § 230 Abs. 3, wenn der Kläger dessen Bestimmung außer Acht gelassen hat; denn eine nachträgliche Werthangabe ist, wie schon erwähnt, eben

---

C.P.O. S. 97 Nr. 5, weil auf den in der Klageschrift angegebenen Werth sich das fingirte Zugeständniß des ausgebliebenen Beklagten nicht beziehe.

[19]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 285 ff. Abs. 4.

[20]) Siehe S. 34.

[21]) Vergl. § 1 Anm. 68.

[22]) Prot. z. nordd. E. S. 615.

wieder nur ein thatsächliches Vorbringen. Das Versäumungsurtheil ist dadurch bedingt, daß dem Richter durch Uebergabe der Schriftstücke (Klage, Ladungsurkunde u. s. w.) der Nachweis geliefert wird, daß die Thatsachen, worauf sich die Klage stützt — betreffe sie das Materielle der Entscheidung oder nur die Zuständigkeit — den Beklagten bekannt sind. Eine Modifikation der Klage im Sinne des § 240 Ziff. 1—3 in der öffentlichen Sitzung ist im Kontumazialverfahren zwar nicht, wie eine eigentliche Klagänderung (§ 241), unstatthaft, aber sie ist, wie die Motive ausdrücklich bemerken,[23]) durch die vorgängige Bekanntgabe an den Gegner bedingt.

§ 4.

Für die Werthberechnung ist der Zeitpunkt der Erhebung der Klage entscheidend; Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten bleiben unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden.

„der Zeitpunkt der Erhebung der Klage". Wann eine Klage als erhoben gilt, ist in den §§ 230, 460 und 461, welcher in § 471 wieder hervortritt, bestimmt. Der für den Zeitpunkt der Klagerhebung angenommene Werth muß nach den Grundsätzen über die Rechtshängigkeit für die ganze Dauer des Rechtsstreites[1]) maßgebend bleiben, auch wenn der Werth des Streitgegenstandes sich ändert.[2])

Wenn sich daher in einem bei einem Landgerichte anhängigen Prozesse erst während des Laufes desselben zeigt, daß der Werth des Streitgegenstandes dreihundert Mark nicht übersteigt, bleibt das Landgericht gleichwohl auch in dem Falle zuständig, daß der Werth bei Erhebung der Klage höher angegeben war und in dem

---

[23]) Vergl. das in Anm. 13 angeführte Allegat aus den Motiven.

[1]) d. h. bis zur Revisionsinstanz; dort handelt es sich nicht um den Werth des Streitgegenstandes, sondern um den des Beschwerdegegenstandes.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 3—9, § 232 Ziff. 2 mit § 235. Prot. z. hann. E. S. 379.

höheren Betrag behufs der Zuständigkeit durch das Landgericht bei erhobenen Widerspruche festgesetzt wurde (§ 10). Umgekehrt bleibt aber auch das Amtsgericht zuständig, wenn der in der Klage angenommene Werth des Klagegegenstandes auf einem thatsächlichen Irrthum beruht und sich im Laufe der Verhandlung zeigt, daß der Streitgegenstand über dreihundert Mark werth ist. Aendert sich aber nicht der Werth des Streitgegenstandes, sondern dieser selbst, so ist diese Aenderung wohl von Einfluß, insofern sie vor der Hauptverhandlung geltend gemacht wird, und kann die Abgabe der Sache an das Landgericht zur Folge haben,[3]) während umgekehrt eine Aenderung des Streitgegenstandes die Landgerichte nicht berührt.[4])

„Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden". Was hierunter zu verstehen ist, muß nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts bestimmt werden, und wenn auch hier einige Verschiedenheit herrscht, ist kaum zu fürchten, daß deßhalb die Zuständigkeit der Gerichte in den einzelnen deutschen Ländern eine verschiedene wird.

„Früchte".[5]) Das gemeine Recht versteht unter „Frucht" im Allgemeinen die Erzeugnisse einer Sache und diese theilen sich in natürliche Früchte, Früchte im eigentlichsten Sinne, wie die Ernteerträgnisse eines Grundstücks, und künstliche Früchte, die durch menschlichen Fleiß hervorgerufenen Erträgnisse einer Sache; endlich nennt man aber auch die Vergütung, die man von Andern für den Gebrauch einer Sache erhält, civile Früchte. In letzter Beziehung können auch Zinsen hieher gerechnet[6]) werden, wenngleich das gemeine Recht ausdrücklich die Zinsen nicht als Früchte bezeichnet.[7])

---

[3]) § 467. Bef. Begr. d. E. zu §§ 2—6; vergl. auch § 1 Anm. 71. Wird übrigens die Aenderung nicht beanstandet und läßt sich der Beklagte auf die Hauptverhandlung ein, so bleibt das Amtsgericht in Folge von Porogation zuständig.

[4]) Vergl. S. 35.

[5]) Vergl. Heimbach, die Lehre von der Frucht. Mit Unrecht behauptet Siebenhaar, Comm. z. C.P.O. S. 35, die Worte „Früchte, Nutzungen" seien aus dem preußischen L.R. zu erklären.

[6]) Windscheid, Pand. Bd. II § 259 Anm. 1; Roth, bayer. C.R. Bd. I § 115 Anm. 6.

[7]) Fr. 121 D. de V. S. (L, 16).

Zu den civilen Früchten werden insbesondere Pacht und Miethgelder gerechnet.

Das preußische Landrecht unterscheidet nur zwischen Früchten, worunter es nur die natürlichen und künstlichen versteht, und Nutzungen, d. i. den Erträgnissen einer Sache, welche diese dem Besitzer gewährt, ohne daß die Substanz der Sache alterirt wird; also jeder mögliche Gebrauch, der die Substanz nicht beeinträchtigt, ist Nutzung.[8])

Auch der code civil unterscheidet zwischen natürlichen und künstlichen Früchten eines Grundstücks (welche letztere durch Bebauen desselben erhalten werden) und Civilfrüchten, als welche der Miethzins von Häusern, die Zinsen von aufkündbaren Kapitalien und Renten aus Grundstücken verstanden werden.[9])

Das bayerische Landrecht faßt Früchte und Nutzungen zusammen, solche, die die Natur ohne menschliches Zuthun gibt[10]) und civile,[11]) wozu die Zinsen gerechnet werden, aber auch die durch menschlichen Fleiß erzielten Erträgnisse.[12])

Das sächsische bürgerliche Recht versteht unter Nutzung den gesammelten Vortheil, den eine Sache gewähren kann und bezeichnet namentlich als eine solche Nutzung die Früchte und den Gebrauch einer Sache, ohne daß deren Substanz selbst beeinträchtigt wird.[13])

Das Württemberger Landrecht schließt sich im Allgemeinen den Bestimmungen des gemeinen Rechts an.[14])

---

[8]) Preuß. L.R. Th. I Tit. 9 § 220, Tit. 2 § 110.

[9]) Cod. civ. §§ 547, 548, 582—585. Zachariä, franz. C.R. Bd. I S. 500.

[10]) Kreittmayr führt in den Anmerkungen Holz und Wieswachs an.

[11]) Als Beispiele werden Stiften, Zinse, Gilten angeführt.

[12]) Die s. g. industriellen Früchte. Kreittmayr bezeichnet als solche Wein- und Getreidebau. Bayer. L.R. Th. II cap. III §§ 20, 21.

[13]) Sächs. bürgerl. Gesetzbuch §§ 72, 73. Schmidt, Vorles. Bd. I S. 100.

[14]) Das Württemberger Privatrecht ist nicht zur Hälfte einheimisches — das s. g. Landrecht — sondern besteht zum größten Theile aus gemeinem Rechte. v. Wächter, Württemb. Pr.R. Bd. I § 7. Ueber Früchte und Nutzungen vergl. ebendaselbst Bd. II § 42.

„Nutzungen".[15]) Aus dem Gesagten ergibt sich schon, was Nutzungen sind. Im Gegenhalt zu natürlichen Früchten können es nur uneigentliche Früchte sein. Zu den Nutzungen gehören daher sowohl gesetzliche als vertragsmäßige Renten aus Grundeigenthum,[16]) wie Erträgnisse von Grundstücken, an Mineralien, die Erträgnisse aus Steinbrüchen,[17]) die Erträgnisse der Jagd von Fischwässern, von Wäldern[18]) u. dergl.

„Zinsen". Auch hier ist auf die vorstehenden Bemerkungen zu rekurriren. Gemeinrechtlich müssen Zinsen nicht in baarem Gelde, sondern können auch aus anderen vertretbaren Sachen bestehen; dagegen anerkennt das preußische Landrecht Alles, was für Darlehen vom Schuldner dem Gläubiger entrichtet wird, sogar Dienstleistungen, als Zinsen.[19])

Der code civil,[20]) das bayerische Landrecht[21]) und das sächsische Recht[22]) kennen nur Geldzinsen, dagegen schließt sich das Württemberger Recht wieder dem gemeinen Recht an.[23])

---

[15]) Nutzungen an öffentlichen Sachen bilden kein Vermögensrecht, Seuffert, Archiv Bd. XXII Nr. 213.

[16]) Bes. Begr. d. Entw. zu §§ 6—9. Code civil Art. 584 betrachtet sie als Civilfrüchte.

[17]) Fr. 7 § D. (XXIV, 3) wird das Erträgniß eines Bergwerks als Frucht bezeichnet. Das preuß. Landrecht betrachtet nur die Verzinsung des Ertrags als Nutzung. Förster, Preuß. Civ.-R. §§ 21, 27. Für das französische Recht vgl. Zachariä, franz. Civil-R. S. 501 und Anm. 15.

[18]) Ob Windbrüche zu den Nutzungen gehören, ist contravers. Roth, bayer. Civ.-R. Bd. I a. a. O. Anm. 9. Vergl. code civil § 592.

[19]) Preuß. L.R. Th. I Tit. XI §§ 803, 810.

[20]) Der code civil nennt interets nur die Zinsen aus kündbaren Kapitalien, § 584.

[21]) Bayer. L.R. Th. II c. III § 21 und Anmerkungen hiezu. Hier werden Zinsen eine Geldprästation genannt.

[22]) § 673 des sächs. bürg Gesetzb. nennt Zinsen eine Leistung, welche ein Schuldner einer Summe Geldes zu gewähren hat, und Siebenhaar, Comm. z. sächs. bürg. Ges. Bd. I S. 17 schließt hieraus, daß Zinsen auch aus anderen vertretbaren Sachen bestehen können. Vergl. dagegen Schmidt, Vortr. Bd. I S. 347. Allerdings kann durch Privatwille noch der unter dem Namen „Aufmaas" bekannte Zins an Getreide oder trockenen Früchten bedungen werden.

[23]) Bierer, Hdb. d. würt. P.R. § 135., v. Wächter a. a. O. Bd. I S. 1 § 71 Anm. 13 u. S. 501. Doch sind Naturalzinsen nirgends üblich.

Man unterscheidet zwischen vertragsmäßigen und gesetzlichen Zinsen und unter den letzten nehmen die Verzugszinsen eine vorherrschende Stelle ein. Auf vertragsmäßige Zinsen paßt der Ausdruck „Nebenforderungen" nicht, nur die gesetzlichen Zinsen erscheinen als „accessorische" Forderung; die vertragsmäßigen bilden in Folge eines besonderen Vertragsabschlusses auch einen besonderen Forderungsgrund und sind deßhalb Gegenstand einer selbstständigen, neben der Hauptforderung bestehenden Forderung.[24])

Da aber das Gesetz diesen Unterschied nicht berücksichtigt[25]), müssen auch die vertragsmäßigen Zinsen als „Nebenforderung" gelten. Dem steht nicht entgegen, daß in den Motiven zu §§ 3, 9 nur von vertragsmäßigen und gesetzlichen Nutzungen die Rede ist, im Gegentheil, was von den Nutzungen als Regel gelten soll, muß bei den Zinsen, die doch auch eine Art von Nutzung sind, konsequenter Weise auch Regel sein.

Soweit Zinsen nicht zu derjenigen Hauptsache gehören, welche zugleich[26]) eingeklagt wird, sind sie selbst Hauptsache, z. B. wenn Zinsen eines bereits gezahlten oder eines noch nicht fälligen Kapitaltheils erlangt werden.[27])

„Schäden". Hier muß vor Allem an den wirklich eingetretenen Schaden (damnum emergens) denken;[28]) Schaden, der aus einer Besitzstörung oder Besitzentsetzung entstanden ist, wenn das Recht des Besitzers Gegenstand der Klage ist, der durch eine Wegservitut auf Grundstücken verursachte Schaden u. dgl.; aber

---

[24]) Seuffert, Pand. Bd. II § 232; vertragsmäßige Zinsen können daher auch für sich (ohne das Kapital) abgetreten werden, — v. Wächter. württemb. Pr.R. Bd. II S. 339 — und sind dann nicht „Nebenforderung".

[25]) Eine deßfallsige Unterscheidung wurde schon bei der Berathung des norddeutschen Entwurfs abgelehnt. Prot. z. nordd. E. S. 80.

[26]) Das kann der Fall sein, wenn eine Zahlung unter der ausdrücklichen Bedingung erfolgte, daß sie Kapitals= und nicht Zinsenzahlung sei.

[27]) Wernz, Bd. I S. 19 Nr. 8, 9. Bl. f. R.A. Bd. XXV S. 458, Das kann auch vorkommen, wenn etwa für ältere Zinsen ein anderer Schuldner haftete als der gegenwärtige Besitzer der Hypothekobjekte, oder für gewisse Zinsen oder für das Kapital ein Mitschuldner gegeben wäre.

[28]) Prot. z. hannov. E. S. 381.

ebenso gehört auch der entgangene Gewinn zu den Schäden,[29]) nicht aber Prozeß- und andere Kosten, die als Nebenforderungen geltend gemacht werden können. Als Beispiel von Schäden dient die Klage auf Zurückgabe des Kaufgeldes und den durch Nichtbenützung entgangenen Gewinn, wenn ein erkauftes Pferd wegen einer zur Zeit des Kaufsabschlusses oder innerhalb der Gewährsfrist ausgebrochenen ansteckenden Krankheit längere Zeit eingestellt und getödtet werden mußte.[30])

„Kosten". Selbstverständlich kann bei Erhebung einer Klage nicht von „Prozeßkosten" die Rede sein, die als Hauptforderung oder Nebenforderungen geltend gemacht werden können, wohl aber von „gewöhnlichen" Kosten. Dahin gehört die Aufstellung von Sachverständigen in den Fällen der Art. 348, 365 und 407 des Handelsgesetzbuchs durch das Amtsgericht. Unter solche vor Klagerhebung entstandenen Kosten gehören ferner die durch Mahnbriefe, durch Korrespondenz mit Anwälten, durch Aufbewahrung von Waaren und durch deren Fracht (Art. 348 Abs. 1 des Ad.H.G.) entstandenen u. dgl.[31])

Gleichgültig ist, ob Zinsen, Früchte, Nutzungen, Schäden, zusammen in einer Klage vorkommen oder mit der Hauptsache nur einzelne dieser Nebenforderungen verbunden sind.[32])

Werden andere Nebenforderungen als die genannten eingeklagt, seien es vertragsmäßige (z. B. Conventionalstrafe)[33]) oder

---

[29]) Fr. 3 D. de dem inf. (XXXIX, 2), fr. 2 § 11 D. ne quid in loco publ. (XLIII, 8). Preuß. L.R. Th. I Tit. 6 §§ 1, 5. A.D.H.G. Art. 283. Das bayerische Landrecht kennzeichnet als Gegensatz zum damnum emergens das „Interesse" als lucrum cessans. Th. I c. III § 21 N. 5 und Anmerkung hiezu. Ebenso sächsisches bürg. Ges. §§ 124, 125. Das Württemberger Landrecht erwähnt der Nutzung, Schäden und Kosten in Th. I Tit. XIX § 2 und Tit. LIV, ohne dieselben näher zu bezeichnen. Neben den Kosten wird auch die Expens angeführt.

[30]) Ein Beispiel des hieher gehörenden Schadens siehe auch § 2 a. E.

[31]) Urth. d. H.A.G. in Nürnberg v. 25. April 1877 Hauptverz. Nr. 784 zu Art. 3 u. 686 der bayer. P.O.

[32]) Vergl. den folgenden § 5.

[33]) Ist solche alternativ statt einer Leistung versprochen, so ist sie ohnedies Hauptsache, kann sie statt einer Nebenforderung z. B. des entstandenen Schadens

gesetzliche (z. B. Provision des Kommissionärs bei dem Del credere Art. 370 des A.D.H.G.), so müssen sie bei der Werthbestimmung des Streitgegenstandes berücksichtigt werden, d. h. sie gelten immer als Hauptsache. Nur für die genannten Arten der Nebenforderungen schreibt das Gesetz ein besonderes Verfahren vor. Das Gesetz hätte sonst sagen müssen: „Nebenforderungen bleiben unberücksichtigt, wenn sie als solche geltend gemacht werden" oder sich in ähnlicher Weise ausdrücken müssen. Werden die in § 4 genannten Nebenforderungen gleichzeitig mit der Hauptsache als Nebenforderung eingeklagt, so sind sie ohne Einfluß auf die Zuständigkeit der Gerichte, selbst wenn hiedurch ein vermögensrecht-Anspruch im Betrage von über dreihundert Mark geltend gemacht wird.[34])

Werden solche Nebenforderungen allein eingeklagt, wie die rückständigen Zinsen eines Kapitals ohne dieses, so sind sie immer Hauptsache.

Wann ist aber eine Nebenforderung als Hauptsache geltend gemacht?

Nutzungen sind nicht immer als Nebenforderungen zu betrachten, wenn sie mit der Hauptsache, der sie entsprungen, eingeklagt werden. Wer das Eigenthum eines Waldes mit dem vom Beklagten daraus bezogenen Holze einklagt, verlangt Holz und Wald als Hauptsache.

Ebenso sind Zinsen und Kosten nicht Nebensache, wenn bezahlte Kapitalien, Zinsen und Kosten gegen einen Dritten, der dafür haftet, im Regreßwege eingeklagt werden, ebenso ausgelegte Zinsen, meistens bei der actio negotiorum gestorum contraria, bei Rechnungsstellung u. s. w. Beim Wechselregreß des § 51 der A.W.O. bildet die in Ziff. 1 erwähnte, bezahlte oder durch Rimesse gedeckte Summe eine untheilbare Hauptsache, obwohl sie nach

---

bei nicht rechtzeitiger Lieferung der Hauptsache gefordert werden, erscheint sie als Nebensache. Code civil Art. 1228, 1229. Sächs. bürg. Ges. §§ 1428, 1429.

[34]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 3—9. Eine Nebenforderung, die durch Novation eine selbstständige Forderung anderer Art geworden, kann selbstverständlich nicht mehr als Nebenforderung betrachtet werden.

§ 50 eod. auch verschiedene Kosten und Zinsen umfaßt; Nebensache dagegen sind die Kosten der Ziff. 2 und die in Ziff. 1 § 51 erwähnten Zinsen.

Es läßt sich für die aufgeworfene Frage keine entscheidende Regel aufstellen, es kommt immer auf den bestimmten Fall an. Auch wird, wenn der Kläger sich bei Anstellung der Klage die quantitative Forderung an Zinsen und Früchten vorbehält und sie nachträglich mit einer besonderen Klage einklagt, die sachliche Zuständigkeit der Gerichte dadurch nicht betroffen und ist ein Anschlag derselben nicht geboten,[35]) weil, wenn sie gleich als Nebensache mit eingeklagt worden wären und wenn ihr Werth noch so groß wäre, dieser für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit nicht in Betracht gezogen werden dürfte.[36])

Die nach Erhebung der Klage anfallenden Nebenforderungen, wie die weiterlaufenden Zinsen, weiterer Entgang von Früchten u. dgl. können auf die Werthsberechnung behufs der Zuständigkeit der Gerichte nie einen Einfluß äußern, ihr größerer oder geringerer Betrag hängt von Zufälligkeiten ab, die zur Zeit der Erhebung der Klage eine Schätzung derselben ausschließen.[37])

§ 5.

Mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche werden zusammengerechnet; eine Zusammenrechnung des Gegenstands der Klage und der Widerklage findet nicht statt.

---

[35]) Const. 1 C. de jure (III, 1), Seuffert im Arch. f. civ. Praxis Bd. I 17 § 3. Seuffert Arch. Bd. XVIII No. 175. Nothwendig ist in der Regel solcher Vorbehalt nach § 146 des sächs. bürg. G. da, wenn Nebenforderungen mit der Hauptforderung nicht eingeklagt werden, eine besondere Klage auf erstere nicht stattfindet; vergleiche Motive zu diesem § 146. Auch nach gemeinem Rechte wird eine nachträgliche Einklagung der Accessorien nur zugelassen, wenn die Verpflichtung hiezu im Urtheil über die Hauptsache in thesi anerkannt ist. Seuffert Archiv Bd. XXII Nr. 264.

[36]) Die Bestimmung des § 14 Nr. 5 des E.G. z. C.P.O., wornach die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze, nach welchen eine Nebenforderung als aberkannt gilt, wenn über dieselbe nicht entschieden ist — außer Kraft treten setzt voraus, daß die Nebenforderung eingeklagt wurde. Bes. Begr. zu § 11 des E.G. zur C.P.O.; § 292 und bes. Begr. d. E. zu § 282.

[37]) A.M. scheint Siebenhaar Comm. z. C.P.O. S. 36 a. E. zu sein.

„Ansprüche". Hierunter sind, wie schon aus dem zu § 4 Bemerkten hervorgeht, nur diejenigen, welche selbstständig, nicht diejenigen, welche accessorisch geltend gemacht werden können, zu verstehen.[1])

Wenn aber verschiedene Arten von Nebenforderungen, wie Zinsen und Kosten, selbstständig eingeklagt werden, so sind die Werthe derselben zusammenzurechnen.

Die Bestimmung des § 5 findet auch dann Anwendung, wenn die verschiedenen Ansprüche, welche in einer Klage verbunden sind, auf verschiedenen Gründen beruhen, oder wenn sie von mehreren Klägern oder gegen mehrere Beklagte erhoben sind (§ 232).[2])

Der Paragraph soll die objektive wie subjektive Klaganhäufung umfassen. Daß eine Zusammenrechnung überflüssig wird, wenn die eine Klage nach dem Werthe des Klagegegenstandes schon zum Landgerichte gehört und das Landgericht auch für die andere zum Amtsgerichte gehörige Sache zuständig wird, liegt in der Natur der Sache.[3])

Eine Zusammenrechnung des Werths des Klagegegenstandes findet statt, wenn die hypothekarische Klage mit der Schuldklage, mit der Klage auf Löschung einer Hypothek die Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit (§ 26) verbunden wird. Die verbundenen Klagen sind nach ihrem Grunde verschiedene.[4])

---

[1]) Prot. d. J.K. S. 4. Es wurde dies ausdrücklich auf Antrag des Reichstagsabgeordneten Bruckmann zu Protokoll konstatirt. In einem Protokoll vom 20. Oktober 1876, nach welchem Bruckmann über die von den Protokollanten bewirkten Zusammenstellungen der von der (Justiz-) Kommission nach den Protokollen über deren Beschlüsse bewirkten authentischen Interpretation referirte, wurde auf Anregung desselben Reichstagsabgeordneten dieselbe Konstatirung wiederholt. Der Sinn dieser Wiederholung ist nicht einzusehen. Die Justizkommission wollte ihre Beschlüsse authentisch interpretiren, um über ihre Ansicht keinen Zweifel aufkommen zu lassen; wie eine Wiederholung hiezu etwas beitragen soll, ist nicht verständlich.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 3—9.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu § 224.

[4]) Daß bei Verbindung der Klage auf Anerkennung einer Reallast und der Klage auf rückständige Leistungen, wenn diese nicht als Nebenforderungen

Eine Zusammenrechnung der verschiedenen in einer Klage geltend gemachten vermögensrechtlichen Ansprüche findet statt, wenn dieselben theilweise civilrechtlicher, theilweise handelsrechtlicher Natur sind, da die Civilkammern ebenso gut zuständig für Handelssachen sind, als Amtsgerichte und Kammern für Handelssachen. Es versteht sich übrigens von selbst, daß eine Zusammenrechnung von civilrechtlichen und handelsrechtlichen Ansprüchen, die einen Geldeswerth haben, die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen nicht berührt. Die den Kammern für Handelssachen zugewiesenen Klagen müssen an und für sich, wenn der Werth des Streitgegenstandes die Zuständigkeit begründen soll, auf vermögensrechtliche Ansprüche im Werthe von mehr als dreihundert Mark gerichtet sein. Ist eine Handelsschuld im Betrage von zweihundert Mark und eine Alimentenforderung von zweihundert Mark eingeklagt, so hat die Handelskammer, wenn ihre Zuständigkeit beanstandet wird, die ganze Sache an die Civilkammer zu verweisen.

Wie aber, wenn die Handelsschuld in diesem Falle vierhundert Mark beträgt?

Wenn eine Handelsschuld von 400 Mark und eine Nichthandelsschuld von 200 Mark gegen einen Kaufmann eingeklagt wird, so folgt aus § 5 in Verbindung mit §§ 23 Ziff. 1, 70 des G.V.G., daß nicht das Amtsgericht, sondern das Kollegialgericht zuständig ist; beantragt Kläger nach § 102 des G.V.G. Verhandlung vor der Handelskammer und wird dieses nach § 103 des G.V.G. beanstandet, so muß die ganze Sache an die Civilkammer verwiesen werden; von einer Theilung der erhobenen Ansprüche ist hier nirgends die Rede. In dem angeführten Beispiele würde die Nichthandelsschuld an das Amtsgericht zu verweisen sein: das Gesetz (§ 103 des G.V.G.) kennt aber nur die Verweisung von einer Kammer an die andere. Die Unzulässigkeit einer Trennung

---

geltend gemacht werden können, der Werth beider Ansprüche, wobei ersterer nach § 9, letzterer, wenn er nicht in einer Geldleistung besteht, nach § 3 zu bestimmen ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Ueber Reallasten vgl. übrigens zu §§ 25, 26.

folgt auch aus der Analogie des § 105 des G.V.G. Auch eine Widerklage, die nicht vor die Handelskammer gehört, wird nicht einfach abgewiesen, sie zieht gleichwie die Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses den ganzen Prozeß vor die Civilkammer.[5])

Umgekehrt hat das Amtsgericht stets auch nur an ein Landgericht, nicht an die Kammer für Handelssachen zu verweisen (§ 467), wenn in einer Klage handelsrechtliche mit civilrechtlichen Ansprüchen konkuriren, deren Gesammtwerth — ohne Rücksicht auf die Größe der einzelnen Forderung — 300 Mark übersteigt.

Eine Zusammenrechnung des Werthes der verschiedenen Ansprüche hat zu cessiren, wo es auf den Werth zur Begründung der Zuständigkeit nicht ankommt, wenn eine Klage wegen Ansprüche aus dem außerehelichen Beischlafe auf 1000 Mark, eine Forderung wegen geleisteter Arbeit von 400 Mark und eine Darlehensforderung von 300 Mark mit einander geltend gemacht werden; wenn aber hier die Darlehensforderung in 400 Mark besteht, kann bei Beanstandung der Zuständigkeit nur die letztere auf Antrag an das Landgericht verwiesen werden oder nur für diese eine Unzuständigkeitserklärung erfolgen, die andern Ansprüche bleiben bei dem Amtsgerichte.[6])

Es kann demnach die Klage auf Anerkennung der Vaterschaft aus dem außerehelichen Beischlafe und auf Alimente hieraus leider (der Fall der Prorogation ausgenommen) nicht verbunden werden.[7])

---

[5]) Vergl. die Bemerk. zu § 33 a. E. Will der Kläger Verhandlung der einen Sache vor der Handelskammer, so muß er besondere Klage stellen.

[6]) Wernz Bd. I S. 19. Das Festhalten an diesem Trennungsprinzip ist absolut nothwendig, wenn bei einem Amtsgerichte persönliche Ansprüche, für die es zuständig ist und dingliche Klagen, für die es, weil nicht forum rei sitae, nicht zuständig ist und die zudem einen Werth von über 300 Mark repräsentiren, geltend gemacht werden. Hier kann die Verweisung der ganzen Sache an ein Landgericht nicht erfolgen, weil auch dieses für dingliche Sachen unzuständig ist. Vergleiche übrigens zu § 232.

[7]) Eine Klaganhäufung zum Landgerichte gehöriger und amtsgerichtlicher Sachen, wornach das Landgericht die zum Amtsgerichte gehörigen Klagen an sich

Das Amtsgericht kann, wenn mehrere Ansprüche in einer Klage verbunden sind, die einzeln nach dem Werthe des Klagegegenstandes vor dasselbe gehören würden, aber nicht nach dem Gesammtbetrage aller Forderungen, seine Zuständigkeit nicht einmal dadurch wahren, daß es getrennte Verhandlung der erhobenen Ansprüche anordnet (§ 136), weil die Zuständigkeit des Prozeßgerichts, welche die Erhebung der Klage begründet, durch eine Veränderung der die Zuständigkeit begründenden Umstände nicht alterirt wird (§ 235).

Derselbe Grund, welcher der Trennung der Klagen durch das Gericht einen Einfluß auf die Zuständigkeit versagt, verbietet auch einen solchen Einfluß bei Verbindung der Klagen durch das Gericht (§ 138). Hier nimmt das Gericht, nicht die Partei, eine objektive oder subjektive Klaganhäufung vor,[8]) die auch ohne den § 235 keinen Einfluß auf die Zuständigkeit haben würde, da sie außerhalb des Willens der Parteien liegt und jedes Amtsgericht durch eine solche Verbindung sich nach Umständen unzuständig machen könnte.

Eine subjektive Klaganhäufung kann, den Fall der Streitgenossenschaft ausgenommen,[9]) nicht vorkommen. Ist die Klagsverbindung der Streitgenossen in Folge der Rechtsgemeinschaft in Beziehung auf ein und dasselbe Rechtsobjekt der Klage erfolgt — Correalobligation, Solidarschuld — so cessirt ohnedies jede Zusammenrechnung. Werden aber von den einzelnen Streitgenossen selbstständige Forderungen, wenn auch aus gleichem rechtlichen oder thatsächlichen Grunde erhoben, so wird bei der Werthsberechnung hier gerade so verfahren, als wenn mehrere selbstständige Klagposten in einer Klage vereinigt wären.

---

zieht, kann nur bei Ansprüchen nach § 23 Nr. 1 des G.V.G. stattfinden. Vergl. zu § 232. Die Württemberger C.P.O. hat vorsichtig in dem mit § 232 der C.P.O. korrespondirenden Art. 320 den Worten „sofern das Prozeßgericht in Ansehung jedes einzelnen Anspruchs zuständig ist" beigesetzt „abgesehen von dem Werthe des Streitgegenstandes".

[8]) Es ist dies in den Motiven zu §§ 56, 57, 138 ausdrücklich anerkannt; Bes. Begr. d. E. zu §§ 56, 57 Abs. 2, § 132.

[9]) Vergl. zu §§ 56 ff.

Der Werth des Gegenstandes der Widerklage ist ohne Einfluß auf die Zuständigkeit, wenn derselbe nicht an und für sich so groß ist, daß statt des Amtsgerichts das Landgericht zuständig wird (§ 467).

Wie ist der Werth des Gegenstandes der Widerklage zu berechnen, wenn von zwei solidarisch haftenden Beklagten jeder eine Widerklage erhebt, die an und für sich zur Zuständigkeit des Amtsgerichts, mit Rücksicht auf den Werth der einzelnen erhobenen vermögensrechtlichen Ansprüche aber zum Landgerichte gehören?

Die Widerklage ist bezüglich des Werths des Klagegegenstandes ebenso zu behandeln wie die Klage, und wenn dieselbe aus mehreren Posten besteht, so sind demgemäß diese eben so gut zusammenzurechnen, wie die Posten einer Klage. Verschieden hievon aber ist der Fall, wenn mehrere Beklagte einzeln oder Alle selbstständig als Widerkläger auftreten; hier liegen so viele einzelne Widerklagen vor, als Widerkläger vorhanden sind und kann daher von einer Zusammenrechnung der einzelnen Klagposten nicht die Rede sein. Anders verhält es sich, wenn verschiedene Personen wegen solidarischer Haftung belangt werden und jede von ihnen eine Gegenforderung geltend macht. Bei ihrer solidarischen Haftung muß ihre Vertheidigung als eine einheitliche aufgefaßt werden, ohne Rücksicht darauf, ob die verschiedenen Gegenforderungen aus ein und demselben oder verschiedenen Rechtsgeschäften entsprungen sind oder einzeln eingeklagt werden könnten, sie werden immer zusammen und mit gleicher Wirkung dem Rechtsanspruche entgegengehalten.[10])

Es besteht auch kein durchschlagender Grund, einen andern Grundsatz für den Fall aufzustellen, wenn andere Mitbeklagte selbstständig zusammenhängende Widerklagen erheben, z. B. wenn mehrere Miterben nach getheilter Erbschaft um eine Erbschaftsschuld belangt, eine ihnen getheilt zustehende, aus demselben Nachlaß herrührende Gegenforderung geltend machen, oder wenn A. und B. als Miterben eine ihnen zugewiesene, aus demselben Nachlaß stammende Forderung und C. und D. eine andere ihnen

---

[10]) E. d. O.G.H. Bd. V S. 260.

zugewiesene Nachlaßforderung bei Erhebung einer Widerklage geltend machen.

Aber noch einen Schritt weiter zu gehen und den Werth der Widerklagen aller Streitgenossen zusammenzurechnen, läßt sich nicht rechtfertigen; auch wenn verschiedene Klagen zwischen verschiedenen Parteien bestehen, dürfen sie nur verbunden werden. Ganz dasselbe Verhältniß besteht bei verschiedenen gegen dieselbe Klagspartei von einzelnen Streitgenossen erhobenen Widerklagen, es liegen, wie erwähnt, ebenso viele Widerklagen vor. Es kann daher nur eine Zusammenrechnung des Werths der einzelnen Posten verschiedener Widerklagen, nicht aber der Posten aller dieser Widerklagen stattfinden.

Dieselben Grundsätze sind zu befolgen, wenn auf beiden Seiten eine Mehrheit von Personen besteht.

§ 6.

Der Werth des Streitgegenstandes wird bestimmt: Durch den Werth einer Sache, wenn deren Besitz, und durch den Betrag einer Forderung, wenn deren Sicherstellung oder ein Pfandrecht Gegenstand des Streites ist. Hat der Gegenstand des Pfandrechts einen geringeren Werth, so ist dieser maßgebend.

Durch diesen und die folgenden §§ 7—9 soll die Bestimmung des § 3 nicht alterirt, sondern es sollen nur leitende Grundsätze für die Werthsberechnung in einzelnen Fällen angegeben werden, um eine gleichmäßige Praxis bei diesen Fällen herbeizuführen.[1]) Diese s. g. leitenden Grundsätze sind aber durch die Bestimmung des Gesetzes geregelt und wird diese nicht beachtet, so liegt hierin eben eine Gesetzesverletzung, die mit der in § 10 statuirten Ausnahme zur Einlegung des Rechtsmittels der Revision berechtigt (§§ 509 Abs. 1, 511, 512).

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 3—9. Das ist aber nicht richtig. Bei dem in den §§ 6—9 liegenden Imperativ, dem der Richter folgen muß, ist in der That eine Ausnahme von dem in § 3 aufgestellten Prinzip getroffen. Daran kann die Abweichung in den Motiven nichts ändern.

„einer Sache“. In weiterer Bedeutung versteht das gemeine Recht unter Sache — res — Alles, was Gegenstand eines Vermögensrechtes sein kann, also auch Forderungen. Wenn nun hier „Sachen“ und „Forderungen“ neben einander genannt sind, so folgt hieraus nicht, daß Sache nur als körperlicher Gegenstand in Betracht kommen soll.[2]) Personalservituten und alle ähnlichen Rechte, die einen vermögensrechtlichen Anspruch repräsentiren, aber nicht in einer bestimmten Forderung bestehen, gehören zu den Sachen. Ebenso wenig unterscheidet das Gesetz zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Auch eine Sachgemeinheit gehört hieher.[3])

Das Preußische Landrecht versteht unter Sache Alles, was Gegenstand eines Rechtsverhältnisses sein kann.[4])

Der Code civil theilt die Sachen in bewegliche und unbewegliche, rechnet zu ersteren aber auch die Forderungen.[5])

Das bayerische Landrecht stimmt mit dem gemeinen Rechte überein.[6])

---

[2]) Das sächs. bürg. G. setzt allerdings Sache und Forderung einander entgegen, so daß unter Sachen nur körperliche verstanden werden; vergl. sächs. bürg. G. § 58 und Motive mit § 662.

[3]) Ueber das Interesse und die Werthsbestimmung eines zu einer Sachgemeinheit gehörigen Gegenstandes vergl. Glück, Pand. Bd. XX S. 81 ff. Das preuß. L.R. nimmt an, daß sowohl die einzelnen Sachen, als auch die Gesammtheit als Rechtsobjekt erscheint. Preuß. L.R. Th. I Tit. 2 §§ 32—34, 53. Tit. 9 § 350. Der Code civil enthält keine Bestimmungen über Sachgemeinheit im Allgemeinen, Beispiele einer solchen aber finden sich in den Art. 589, 616, 1800 ff. Das bayer. L.R. spricht von einer universitas rerum nicht, wohl aber wird einer solchen in den Anmerkungen zu Th. II c. V § 6 sub e erwähnt und hienach dürfte sich das bayer. L.R. auf den Standpunkt des preuß. L.R. stellen. Roth, bayer. Civ.-R. Bd. II S. 14 Anm. 11. Krüll, Handb. des bayer. bürg. Rechts Bd. I § 107. Auch das sächsische Recht bestimmt, daß durch Verbindung von Sachen zu einer Sachgemeinheit die Rechte an den einzelnen Gegenständen nicht verändert werden. Sächsisches bürg. Gesetzb. §§ 62, 63. In Württemberg gelten die Bestimmungen des gemeinen Rechts. v. Wächter a. a. O. § 37 III § 39.

[4]) Preuß. L.R. Th. I Tit. 2 §§ 1, 2. Förster, Preuß. Pr.R. Bd. I S. 95. Daniels Preuß. Civ.-R. Bd. I S. 113.

[5]) Code civil Art. 516, 527, 529.

[6]) Bayer. L.R. Th. II cop. I §§ 1, 9, 10.

Ebenso das Württembergische Landrecht,[7]) während das sächsische Recht genau zwischen Sache und Forderung unterscheidet.[8])

Für die Bestimmung des Werths einer Sache, der für den Werth des Rechts auf deren Besitz selbst wieder bestimmend ist, sind die in § 3 aufgestellten Grundsätze maßgebend.

„deren Besitz". Selbstverständlich soll hiemit nicht ein Gegensatz zum Eigenthum angedeutet werden.. Bei Vindicationsklagen muß § 6 angewendet werden, wie auch der Werth des Rechts auf den Besitz einer Sache nach § 6 festzustellen ist.[9])

Auch das faktische Innehaben einer Sache gehört hieher, also Klagen auf Einräumung eines gepachteten Grundstücks ebenso gut, wie die Klage auf Aushändigung eines zugesicherten Depositums.

Wird der Mitbesitz streitig, so kann nur der Werth des angesprochenen Theils für die Zuständigkeit entscheiden.

„Forderung" bezieht sich wie „Sache" auf Klage und Widerklage. A. klagt gegen B. auf Entschädigung wegen verspäteter Extradition des diesem abgekauften Hauses, B. verlangt im Wege der Widerklage für den Rest des Kaufschillings die hiefür versprochene Sicherheit durch Verpfändung bestimmter, den Werth der Restforderung übersteigender Werthpapiere. Für die Widerklage ist § 6 maßgebend und, weil der Werth des verlangten Pfandobjekts größer ist als die Restforderung, entscheidet der Betrag letzterer für die Zuständigkeit.

Ob bei dem Betrage einer Forderung hier die Nebenforderungen nach § 4 ausscheiden,[10]) läßt sich bestreiten. Das Gesetz schließt nur die Zusammenrechnung beider unter bestimmten, meistens vom Kläger abhängenden Voraussetzungen aus, wenn beide den Streitgegenstand bilden.

---

[7]) v. Wächter a. a. O. Bd. II § 36, insbesonders Anm. 3.

[8]) Anm. 2.

[9]) Ueber Unzulässigkeit der Verbindung der Besitzklage mit der Klage auf Geltendmachung des Rechts vgl. § 232 Abs. 2. Mit Unrecht bestreitet Siebenhaar, Comm. z. C.P.O. S. 33 u. 44 die Anwendbarkeit des § 6 auf die possessorischen Interdikte.

[10]) Wie Puchelt, C.P.O. S. 109 Nr. 5 annimmt.

Forderung begreift nicht blos Geldforderungen, sondern Forderungen jeder Art, auch auf Leistungen.

„Sicherstellung oder ein Pfandrecht". Schon dieser Gegensatz spricht aus, daß beides verschieden ist. Ist die Sicherstellung einer Forderung der Streitgegenstand, so ist der Betrag der letzteren, wie erwähnt mit Inbegriff der Nebenforderungen, wenn für diese Sicherheit verlangt werden kann, entscheidend für den Werth des Rechts auf Sicherstellung; welcher Art aber diese ist, ist gleichgültig. § 6 ist anzuwenden, sofern nur eine Bürgschaft in Frage kommt.[11])

Es wird nicht unterschieden, ob die Sicherstellung durch ein Faustpfand oder verschriebenes Pfand an einer unbeweglichen Sache gegeben wird, oder ob selbst wieder eine Forderung, die ja auch die Forderung eines Dritten sein kann, Sicherheit leisten soll. Ebenso macht es keinen Unterschied, ob die Sicherstellung oder das Pfandrecht nur für eine bestimmte Zeit oder bis zum Erlöschen der Forderung in Anspruch genommen wird.

Ist die Bürgschaft nur für einen Theil einer Forderung in Frage, z. B. ein bestimmtes Faustpfand, das einen Werth von 1000 Mark hat, für den Theilbetrag von 200 Mark aus einer Forderung von 1200 Mark zugesichert, so ist nur die Summe, auf welche die Bürgschaft beschränkt ist, in Betracht zu ziehen.

Das Gesetz läßt immer den Betrag der Forderung, um deren Sicherheit es sich handelt, also hier der Theilforderung, entscheiden. Ebenso ist zu rechnen, wenn für eine Forderung eine andere zum Theil Sicherheit leisten soll.

Bei dem im kaufmännischen Verkehr vorkommenden Depot besteht das Faustpfand in der Regel in Werthpapieren, Gold oder Silberbarren oder anderen Werthgegenständen, oft aber auch in s. g. Depotwechseln. In diesem Falle wird, wenn es sich um ein Pfandrecht daran handelt, sich die Differenz zwischen dem Werth der Forderung und dem Pfandobjekt nur unter Berücksichtigung des Diskonto feststellen lassen, bei Werthpapieren der Kurswerth entscheiden, unbeschadet der Bestimmung des § 3. Der Werth

[11]) Eine persönliche Bürgschaft fällt selbstverständlich nicht unter § 6.

des Pfandobjekts ist nur zu prüfen, wenn behauptet wird, daß er geringer sei als die Forderung und dann nach § 3 zu bestimmen.

„Gegenstand des Streits ist". Bei der Sicherstellung einer Forderung kann es sich darum handeln, daß eine solche gegeben oder eine gegebene wieder aufgehoben werde. In ersterem Falle hat die Werthsberechnung nach § 6 stattzufinden, in letzterem nicht; hier fragt es sich nicht mehr um die Sicherstellung der Forderung, es kann nur der Werth der gegebenen Sicherheit, also z. B. des herauszugebenden Pfandes, dessen Wiedererlangung mit der actio pignoratitia directa angestrebt wird, entscheiden.

Ebenso ist der § 6 nicht anwendbar, wenn gegen einen Dritten auf Herausgabe eines Pfandes oder Depositums geklagt wird; auch hier entscheidet lediglich der Werth des Streitgegenstandes für die Zuständigkeit des Gerichts.

Ferner ist der § 6 nicht anwendbar, wenn auf Grund des § 231 auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Sicherheit oder eines Pfandrechts geklagt wird, hier soll nur der Bestand eines Rechtsverhältnisses entschieden werden.

Dagegen ist der § 6 anzuwenden bei Klagen auf Einräumung eines Pfandrechts, oder auf Tilgung eines Pfandrechts, also bei der Hypothekenklage und der Klage auf Hypotheklöschung. Vergl. zu §§ 25, 26.

Bei der dinglichen Klage auf Löschung einer Hypothek kann, insofern diese nicht gesetzlich oder vertragsmäßig auch für Nebenforderungen haftet, nur der Kapitalswerth der Forderung, für die sie bestellt ist, in Anschlag gebracht werden.

Die hier erwähnten Grundsätze können nicht zur Anwendung kommen, wenn die Forderung, um deren Sicherheit es sich handelt, selbst Streitgegenstand ist. Der § 6 setzt voraus, daß die Sicherstellung oder das Pfandrecht allein den Gegenstand des Streits bildet, bezieht sich aber nicht auf die Fälle, wo das Bestehen oder Aufhören einer Sicherheit oder eines Pfandrechts als Folge der rechtlichen Existenz einer Forderung, die selbst noch fraglich ist, in Betracht kommt. Hier entscheidet die Größe der Forderung über die Zuständigkeit.

Ebenso tritt § 6 nicht ein, wenn gegen einen Bürgen aus der Bürgschaft geklagt wird.[12]) Diese Klage ist eine Kontraktsklage und geht auf eine persönliche Leistung des Bürgen, hat also mit der Voraussetzung des § 6 im Entferntesten nichts zu thun.

§ 7.

Der Werth einer Grunddienstbarkeit wird durch den Werth, welchen dieselbe für das herrschende Grundstück hat, und wenn der Betrag, um welchen sich der Werth des dienenden Grundstücks durch die Dienstbarkeit mindert, größer ist, durch diesen Betrag bestimmt.

Diese Bestimmung ist gleich wie die des § 6 auch schon im hannover'schen Entwurf § 6 enthalten. Dort wurde davon ausgegangen, daß die Ansicht, Servituten seien unschätzbar[1]), nicht richtig sei, daß der Werth durch Abschätzung des Grundstücks zu ermitteln sei,[2]) d. h. es ist lediglich für das herrschende wie für das dienende Grundstück die Frage zu beantworten, was ist das Grundstück werth ohne die Servitut und was ist es werth mit der Servitut, was ist die Differenz? Der höhere Werth entscheidet für die Zuständigkeit; nicht das Interesse des Klägers, also je nachdem er confessorisch oder negatorisch klagt, der Werth, welchen die Dienstbarkeit für das herrschende Grundstück hat, beziehungsweise die durch die Servitut herbeigeführte Verminderung des Werths des dienenden Grundstücks kann in Betracht kommen, sondern es ist zu berücksichtigen, daß für den Beklagten unter Umständen die Freiheit seines Grundstücks von der behaupteten Servitut beziehungsweise die Anerkennung der vom Kläger bestrittenen Servitut ein bei weitem höheres Interesse haben kann, als der Werth der Servitut für das herrschende Grundstück ist, beziehungsweise der Werth des dienenden Grundstücks durch die Servitut gemindert wird.[3])

---

[12]) A. M. Siebenhaar, Comm. z. C.P.O. S. 43 a. E.

[1]) D. h. sie begründen immer einen vermögensrechtlichen Anspruch.

[2]) Prot. z. hann. E. S. 386.

[3]) Prot. z. hann. E. a. a. O.

„einer Grunddienstbarkeit" das ist eine Realservitut. Aus dem Umstande, daß das Gesetz nur von einem herrschenden und dienenden Grundstücke spricht, ergibt sich, daß der § sich nur auf den römisch-rechtlichen Begriff von Realservituten bezieht, ohne auf den Entstehungsgrund einer solchen Realservitut Rücksicht zu nehmen und es ist deshalb ohne Einfluß auf die Bestimmungen des §, was einzelne Partikulargesetze Grunddienstbarkeit nennen.[4])

Wenn einem Eigenthümer eines Grundstücks die persönliche Berechtigung zur Benützung eines anderen Grundstücks eingeräumt ist,[5]) kommt § 6, nicht § 7, bei der Werthsbestimmung in Anwendung, falls über die Berechtigung ein Streit entsteht.

Das Preuß. L.R. behandelt in Th. I Tit. 22, „die Gerechtigkeiten der Grundstücke gegeneinander" und versteht hierunter auch die römisch-rechtlichen Servituten;[6]) aber es werden alle Beschränkungen des Eigenthums nach den Bestimmungen des Preuß. Landrechts unter den § fallen, wenn von der Beschränkung des einen Grundstücks durch das andere die Rede ist. Faktisch liegt auch hierin ein der Realservitut gleiches Verhältniß.

Der Code civile führt in Buch II Titel IV die Bestimmungen über Servituten oder Grunddienstbarkeiten an; in allen in diesem Titel vorkommenden Fällen muß, wo eine Realservitut im römisch-rechtlichen Sinn im Streite ist, § 7 angewendet werden.

Das bayerische Landrecht stimmt in der Lehre von den Realservituten mit dem R.R. überein,[7]) behandelt aber gleichwohl in Th. II c. VIII die Haus- und Felddienstbarkeiten wie auch andere dergleichen Gerechtigkeiten.[8])

---

[4]) So führt das preuß. L.R. die Emphyteusis unter den Grunddienstbarkeiten auf. Nach bayerischem Rechte kann eine Grunddienstbarkeit an dem Laufe eines Flusses bestehen, Ges. v. 28. Mai 1852, die Benützung des Wassers betr. Alle derartigen Grunddienstbarkeiten gehören nicht hieher.

[5]) S. g. irregulare Personalservitut. Glück, Comm. Bd. IX S. 19. Windscheid, Pand. § 202, 2. Förster, preuß. Privat-R. § 185, 94. Bayer. L.R. Th. II c. VII § 2 nr. 6 und Anmerk. hiezu. Württemb. L.R. Th. II Tit. XXXIV § 5. Sächsisches bürg. Ges. § 535.

[6]) Koch, Preuß. L.R. Bd. II S. 1081 Anm. 1. S. 1085 Anm. 10, 11.

[7]) Bayer. L.R. Th. II c. VII §§ 1, 2, 6.

[8]) Kreittmayr bemerkt in den Anmerk. zu Th. II c. VIII § 1

Das sächsische Recht[9]) und das Württemberger Landrecht[10]) stimmen mit dem gemeinen Rechte überein.

„herrschende Grundstück". Mit Grundstück bezeichnet das Gesetz sowohl das praedium urbanum als das praedium rusticum. Wenn auch anerkannt werden muß, daß die Werthsbestimmung bei städtischen Servituten oft eine sehr schwierige sein wird, konnte sie das Gesetz von § 7 doch nicht ausschließen.[11])

Aus der Bemerkung, daß der § nur von Grunddienstbarkeiten im Sinne des R.R. sprechen könne, ergibt sich von selbst, daß die deutschrechtlichen Reallasten von demselben ausgeschlossen sind, abgesehen davon, daß das Gesetz an anderen Orten genau zwischen beiden unterscheidet (arg. § 25 Abs. 2.)

Der § findet Anwendung bei confessorischen wie negatorischen Klagen,[12]) in beiden ist der Streitgegenstand immer derselbe — die dingliche Belastung.[13])

Bei Klagen auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit ist die Werthsbestimmung nach § 7 ausgeschlossen. Solche Klagen sind wie die Klagen nach Bestellung einer Hypothek, persönliche Klagen. Bei Berathung des hannoverschen Entwurfs, dem § 7 sein Dasein verdankt, war man auf der Ansicht, daß der § für *streitige Grunddienstbarkeiten* einen Maßstab der Werthsbestimmung geben solle,[14]) daß bei einer *behaupteten* Servitut eine solche

a. E.: „Der Leser werde sich aus den circa materiam servitutis obschon prämittirten principiis generalibus allenfalls selbst zu helfen wissen, mithin auch selbe auf jura in proprio vel comuni weiter nicht als in terminis habilibus zu appliciren suchen.

[9]) Sächs. bürg. G. §§ 520 ff.

[10]) Th. II Tit. XXXIV. Von Dienstbarkeit der Güter. Die §§ 1—4 sind vollkommen Römisches Recht.

[11]) Prot. z. hann. E. S. 387.

[12]) Worüber man schon bei Berathung des ganz gleichen § 6 Nr. 2 des hannover'schen Entwurfs einig war, Prot. z. hann. E. S. 386.

[13]) Und damit erledigt sich die Streitfrage, ob die actio in rem negatoria eine Servitut zum Gegenstand haben und bei derselben § 7 angewendet werden könne. Dafür *Seuffert* C.P.O. zu § 7 Bemerk. 2, *Struckmann* und *Koch* C.P.O. S. 4 a. E.; dagegen *Siebenhaar* Comm. z. C.P.O. S. 45.

[14]) Prot. z. hann. E. S. 386 a. E.

Werthsbestimmung nothwendig sei. Bei Klagen auf Bestellung einer Servitut ist für die Werthsberechnung nur § 3 anwendbar, handelt es sich doch hier nur um ein persönliches Recht des Klägers. [15])

§ 8.

Ist das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Miethverhältnisses streitig, so ist der Betrag des auf die gesammte streitige Zeit fallenden Zinses und, wenn der fünfundzwanzigfache Betrag des einjährigen Zinses geringer ist, dieser Betrag für die Werthsbestimmung entscheidend.

Das Interesse des Miethers und Vermiethers an dem Bestehen eines Miethverhältnisses kann ein mit dem dafür gereichten Aequivalent, dem Miethzins, nicht harmonirendes sein, für die Zuständigkeit der Gerichte entscheidet aber der Werth des Miethzinses, und in keinem Falle darf hier ein höherer Betrag zu Grund gelegt werden, als der fünfundzwanzigfache Betrag des einjährigen Zinses, wenn auch ein höherer zuerkannt werden kann.

„oder die Dauer". Wenn es sich um einen Pacht oder eine Miethe auf Lebensdauer handelt, betrifft ein deßfallsiger Rechtsstreit immer ein Recht auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen, deren Wegfall sicher, aber die Zeit des Wegfalls ungewiß ist; hier findet § 9 Anwendung. [1])

„Pacht- oder Miethsverhältnisses". [2]) Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen Betrag der Miethe von beweglichen und unbeweglichen

---

[15]) A. M. Siebenhaar, Comm. z. C.P.O. zu § 7 S. 44, wornach für Bestellung einer nothwendigen Servitut die Werthbestimmung nach § 7 erfolgen soll. Es ist aber kein Grund vorhanden, für eine bestimmte Art von Grunddienstbarkeiten eine Ausnahme zu statuiren.

[1]) Vergl. § 9 zu der Bemerk. unter „die Zeit des Wegfalls aber ungewiß ist". Uebel, Comm. d. C.P. O. § 9 Anm. 9 will hier das muthmaßliche Alter einer Person entscheiden lassen, wenn sich hienach der Gesammtbetrag geringer stelle als der fünfundzwanzigfache einjährige Betrag des Zinses. Soll da die Berechnungsmethode einer Lebensversicherungsgesellschaft angewendet werden?

[2]) Vgl. § 1 Anm. 13.

Sachen, auch nicht von leblosen und lebendigen,[3]) es erwähnt im Allgemeinen des Miethverhältnisses ohne Rücksicht auf Sachen- und Dienstmiethe,[4]) demnach hat der Richter auch nicht zu unterscheiden.[5]) Es kommt zudem wenigstens in Bayern sehr oft vor, daß Knechte und Mägde auf dem Lande auf ein Jahr gedungen und nach Ablauf desselben die Dienstmiethe stillschweigend erneuert wird und in der Folge Streitigkeiten über den Fortbestand entstehen. Daß das Gesetz nicht blos an § 23 des Gerichtsverfassungsgesetzes dachte, geht aus dem Umstande hervor, daß der § 8 des dort ausgeschlossenen Pachtverhältnisses erwähnt. Auch der vom Gesetze gebrauchte Ausdruck „Zins" steht nicht entgegen, da bei der Dienstmiethe die Ausdrücke Miethgeld, Miethlohn und Miethzins für Dienstlohn gebraucht werden.[6])

Die Hauptsache aber ist, daß auch eine Dienstmiethe auf mehrere Jahre abgeschlossen werden **kann**, wie mit den Bedien-

---

[3]) Auch Thiere können vermiethet werden. Beispiel Bayer. L.R. Th. IV c. III § 11.

[4]) Das sächs. bürg. G.B. (vergl. auch die Gesindeordnung vom 10. Jan. 1835, die neben dem bürgerl. Ges. fortbesteht), kennt allerdings nur Pacht und Miethe von **Sachen** — § 1187 ff. — und behandelt den Verdingungsvertrag selbstständig — § 1229 ff. — während der code civil — Art. 1708 — sich dem römischen Rechte anschließt. Ebenso das bayer. L.R. Th. IV c. VI §§ 1, 3. Auch das Württemb. L.R. faßt in Th. III Tit. 17 die Sachenmiethe (§§ 1—7) und die Dienstmiethe (§§ 8—14) zusammen. Das Preuß. L.R. Th. I Tit. 21 § 258 ff. vergl. mit Th. I Tit. 11 §§ 869 ff. behandelt die Sachenmiethe ganz anders als die Dienstmiethe.

[5]) A. M. **Puchelt**, C.P.O. S. 114 Nr. 2, **Uebel**, Comm. d. C.P.O. S. 9 Nr. 8, **Seuffert**, C.P.O. S. 11, weil der Ausdruck „Zins" auf die Dienstmiethe nicht passe. Ebenso **Siebenhaar**, Comm. z. C.P.O. S. 46 ohne Angabe eines Grundes.

[6]) In Bayern wird auf dem Lande oft für Dienstlohn der Ausdruck „Zins" gebraucht. Vergl. auch **Glück**, Pand. Bd. XVII S. 323. So spricht auch **Windscheid**, Pand. § 401 bei der Dienstmiethe nur von Miethgeld. In den Quellen findet sich für Lohn bei Pacht und Miethe auch der **gemeinsame** Ausdruck merces. Das bayerische L.R. umfaßt in dem Ausdruck „Mieth- oder Pachtschilling" gleichfalls den Lohn für Dienstmiethe wie den Preis für Sachenmiethe. Marginale zu Bayer. L. Th. IV c. IV § 9. Hier wird auch von beiden gleichmäßig von „Lohn- oder Stift-Pfennig" gesprochen.

steten von Reisenden bei einer mehrere Jahre andauernden Reise, daß kein innerer Grund besteht, um zwischen Dienstmiethe und Sachenmiethe hier zu unterscheiden, und es auf den provinziellen Ausdruck, ob Lohn oder Zins nicht ankommt. Uebrigens wird an anderen Stellen der Justizgesetze, wo nur von der Miethe von Sachen die Rede sein soll, dies ausdrücklich erwähnt (§ 17 der Konkursordnung). Besteht der Miethzins nicht in baarem Gelde, sondern ganz oder theilweise in anderen Sachen [7]) so ist der Werth dieser nach § 3 in Verbindung mit § 9 zu bestimmen und der Berechnung nach § 8 zu Grund zu legen.

Es ist bereits bemerkt worden, [8]) daß die Amtsgerichte bei Streitigkeiten über die Dauer oder das Bestehen eines Miethverhältnisses ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes nicht unbedingt zuständig sind. Ueber die Zuständigkeit zwischen Amts- und Landgerichten entscheidet die Berechnung nach § 8.

§ 9.

Der Werth des Rechts auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen wird nach dem Werthe des einjährigen Bezugs berechnet und zwar:

auf den zwölfundeinhalbfachen Betrag, wenn der künftige Wegfall des Bezugsrechts gewiß, die Zeit des Wegfalls aber ungewiß ist;

auf den fünfundzwanzigfachen Betrag, bei unbeschränkter oder bestimmter Dauer des Bezugsrechts. Bei bestimmter Dauer des Bezugsrechts ist der Gesammtbetrag der künftigen Bezüge maßgebend, wenn er der geringere ist.

---

[7]) Code civil bei Viehpacht Art. 1800 ff. Sächs. bürg. G.B. § 1190. Auch in Bayern ist es auf dem Lande üblich, daß Dienstboten außer dem Lohne an Geld, Leinwand zu Hemden, ein Paar Schuhe, eine Quantität Flachs u. dgl. erhalten. Bei Verpachtung von Gütern wird oft der Miethzins theilweise in Naturalreichnissen vergütet.

[8]) S. 15.

Die gemeinsamen Bestimmungen für die Werthsberechnung in den Fällen des § 9 sollen verhüten, daß die in den einzelnen deutschen Bundesstaaten so verschiedene Ablösungssumme der Werthsberechnung zu Grunde gelegt werde; es wird durch die Unmöglichkeit einer solchen Werthsberechnung vermieden, daß im deutschen Reiche über gleichwerthe Rechte eine verschiedene Kompetenz der Gerichte eintritt.[1])

Der § 9 kann nicht zur Anwendung kommen, wenn der einjährige Bezug selbst schon über dreihundert Mark beträgt, denn dann ist die Zuständigkeit des Landgerichts nicht zweifelhaft.

„Der Werth des Rechts" nicht die Nutzungen oder Leistungen sind Gegenstand des § 9, sondern der Grund, aus dem sie erfolgen müssen, d. i. das Recht auf den Bezug. Werden die Nutzungen besonders eingeklagt, so ist nur ihr Werth für die Zuständigkeit maßgebend.[2]) Der Werth des Rechts ist übrigens nur dann zu berechnen, wenn er nicht schon an und für sich klar ist, wie bei einer verzinslichen Darlehensforderung.

„wiederkehrende Nutzungen". Was unter Nutzungen zu verstehen, siehe S. 73. Aber nicht Alles, was man gewöhnlich unter Nutzung versteht, ist hier unter diesem Ausdruck zusammengefaßt, sondern nur der Theil der Nutzungen, der mehrmals bezogen werden kann, der wiederkehrt, wie Grundrenten, nicht die fortdauernde gleiche Nutzung, wie solche beim usus oder usus fructus vorkommt.

Was der Grund des Rechts ist, übt auf die Werthsbestimmung keinen Einfluß, ebenso wenig ob das Recht ein persönliches oder dingliches ist. Wer sich bei einer Lebensversicherungsanstalt eine Leibrente bis zu seinem Tode vertragsmäßig erworben hat, wer einen im Hypothekenbuche eingetragenen Altentheil an jährlicher bestimmter Leistung zu fordern hat, und wem als Besitzer eines Grundstücks eine jährliche Rente zusteht, alle haben bei einer Klage wegen ihres Rechts sich nach § 9 zu richten und zwar für

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 9.

[2]) S. 76.

die zwei ersten Fälle nach Abs. 1, für den dritten nach Abs. 2 des §.

„Leistungen". Das Gesetz unterscheidet zwischen Nutzungen und Leistungen, was namentlich mit Rücksicht auf die deutschrechtlichen Reallasten nothwendig war. Auch beim Altentheil, der nach bayerischem Rechte nicht zu den Reallasten gehört,[3]) werden wenigstens in Bayern sehr oft persönliche Leistungen ausbedungen.[4]) Von wiederkehrenden Forderungen wird nicht gesprochen, diese fallen immer unter Nutzungen und Leistungen.

Besteht die Nutzung oder Leistung nicht in einem Geldbetrag, so ist vor allem ihr Werth nach § 3 zu bestimmen. Das fällt weg, wenn ihr Werth schon fixirt ist, wenn z. B. der Pflichtige in dem angeführten Beispiele vom Altentheil statt der Bebauung des Landes vertragsmäßig eine bestimmte Summe Geldes zahlen darf.[5])

Bei Berathung des hannover'schen Entwurfs wurde die Werthsbestimmung des Rechts auf den Bezug von Nutzungen und Leistungen erst von deren jährlichem Betrag, dann von der periodischen Wiederkehr abhängig gemacht, endlich die Werthsbestimmung eines Rechts auf den Bezug von Leistungen und Nutzungen mit der von unserem § 9 angeführten Berechnung bei regelmäßig wiederkehrenden Leistungen zugelassen.[6]) § 9 spricht wie § 12 Nr. 6 des norddeutschen Entwurfs nur von wiederkehrenden Leistungen und Nutzungen, schließt also die Regelmäßigkeit der Wiederkehr aus. Es wurde bei Berathung des norddeutschen Entwurfs zwar die Frage nicht besonders angeregt, allein es wurde anerkannt, daß gerade Nr. 6 von dem

---

[3]) Roth, Bayer. Civ.-R. Bd. II S. 337. Dagegen sächs. bürg. Ges. § 515.

[4]) Wie das Bebauen eines bestimmten Stückes Landes mit Kartoffeln oder Getreide.

[5]) Die Seite 34 angeführte Ansicht steht nicht entgegen. Dort handelt es sich darum, daß der Kläger statt einer Leistung eine für diese zu zahlende Summe fordert, also die Leistung selbst werthet.

[6]) Hannov. Entw. § 6 Ziff. 3. Prot. z. hann. E. S. 4453, 4765 ff.

hannover'schen Entwurf sachlich abweiche. [7]) Wie § 9 spricht auch keiner der Entwürfe von Nutzungen und Leistungen, die in gleicher Größe wiederkehren, dagegen soll die Größe des einjährigen Bezugs den Maßstab für die Werthsberechnung des Rechts auf den Bezug geben. Ein durchschnittlich gleicher jährlicher Betrag von Nutzungen und Leistungen, die nicht in gleichem Grade oder gleicher Größe und nicht regelmäßig wiederkehren, [8]) läßt sich aber mit Sicherheit nicht feststellen und auch bei regelmäßig wiederkehrenden Leistungen und Nutzungen von ungleicher Größe wird, wenn dem Richter gestattet wird, aus einer beliebigen Anzahl von Jahren einen Durchschnitt zu ziehen, [9]) der jährliche Betrag, da das Gesetz hier nicht eine Periode z. B. aus den letzten 20 Jahren vor der Klagerhebung bestimmt, in ganz gleichen Fällen bei verschiedenen Gerichten verschieden festgesetzt werden, je nachdem ein Durchschnitt aus einer kürzeren oder längeren, dem Zeitpunkt der Klagerhebung näher oder entfernter liegenden Zeitperiode gezogen wird. Und doch soll gerade eine solche Ungleichheit für gleich gelagerte Fälle durch § 9 vermieden werden! [10])

Eine ganz gleiche Berechnung des Betrags für den jährlichen Bezug einer Nutzung oder Leistung ist nur bei ihrer gleichen Größe oder Beschaffenheit und regelmäßigen Wiederkehr möglich, und wenn man, trotzdem der § von der Regelmäßigkeit der Wiederkehr im Gegensatze zum hannover'schen Entwurfe und anderen Prozeßgesetzen [11]) schweigt, für Anwendung des § 9 die Regelmäßigkeit der Wiederkehr vindicirt, [12]) so kann man schließlich mit gleichem Rechte auch eine Gleichartigkeit der Beschaffenheit oder

---

[7]) Prot. z. nordd. E. S. 80, 222, 581.

[8]) Wie dies z. B. bei den in Folge der kirchlichen Baulast zu prästirenden Leistungen der Fall ist.

[9]) Seuffert, C.P.O. § 9 Nr. 3 ist diese Ansicht vertreten.

[10]) Vergl. § 6 a. A.

[11]) Die Württemb. C.P.O. hat in Art. 21 Nr. 3 nur die „regelmäßig wiederkehrenden" Nutzungen und Leistungen aufgeführt, und der Württemb. Comm. Ber. S. 13 führt als solche „Leibgedinge, Leibrenten, Alimente, Zieler" an. Auch Art. 5 der bayer. P.O. spricht von periodisch wiederkehrenden Bezügen.

[12]) Seuffert, C.P.O. zu § 9 Bemerk. 3 u. 4.

der Größe der einzelnen Leistungen und Nutzungen für die Anwendbarkeit des § 9 verlangen, ohne mit diesem in Konflikt zu kommen. [13])

Außerdem lassen sich die unregelmäßig wiederkehrenden Leistungen und Nutzungen von ungleicher Größe aus einer bestimmten Anzahl von Jahren nach dem Betrage jeder einzelnen Leistung und Nutzung ebenso gut zusammen werfen und durch die Anzahl der Jahre dividiren, wie dies bei regelmäßig wiederkehrenden der Fall ist, und wird sich hiernach ein, wenn auch, wie erwähnt ganz unsicherer, jährlicher Betrag entziffern.

„die Zeit des Wegfalls aber ungewiß ist". Dazu gehören die Bezüge auf Lebensdauer einer Person. Eine besondere Bestimmung deßhalb in das Gesetz aufzunehmen, wurde für überflüssig gehalten. [14])

„Bei bestimmter Dauer". Um bei dem Beispiele von dem Bezuge einer Leibrente stehen zu bleiben, wollen wir annehmen, A. hat sich auf 10 Jahre eine Leibrente zu 30 Mark bedungen. Hier ist der Gesammtbetrag von 300 Mark geringer als der fünfundzwanzigfache und daher der erstere der Bestimmung des Werths des Rechts auf Bezug der Leibrente zu Grund zu legen, wenn dieser streitig ist; es ist also in diesem Falle das Amtsgericht zuständig.

§ 10.

Das Urtheil eines Landgerichts kann nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen sei.

§ 10 wird nach den Motiven hiezu durch die Erwägung gerechtfertigt, daß bei der präsumtiv besseren Rechtssprechung des Kollegialgerichts es an einem sachlichen Grunde fehle, dem Beklagten deshalb ein Rechtsmittel zu gestatten. [1])

---

[13]) § 6 Anm. 1.

[14]) Prot. z. hann. E. S. 387—388.

[1]) Aus einem ähnlichen Grunde darf sich im Strafprozesse ein Gericht

In der That ist das Verhältniß der Urtheilsfällung durch das Landgericht anstatt des Amtsgerichtes über eine zur Zuständigkeit des Amtsgerichts gehörigen Sache kaum ein anderes, als wenn bei der Urtheilsfällung durch ein Amtsgericht die Berufung ergriffen wurde und nun das Landgericht urtheilt. Durch die Bestimmung des § 10 ist demnach eine Ausnahme des § 248 Abs. 2 für den Fall getroffen worden, daß die Zuständigkeit des Landgerichts von dem Beklagten bestritten, aber die prozeßhindernde Einrede (§ 247 Abs. 1) verworfen wurde. Wurde sie nicht bestritten, so liegt Prorogation vor.

„Das Urtheil eines Landgerichts". Auch die Urtheile der Kammern für Handelssachen sind Urtheile eines Landgerichts. Der § 10 umfaßt mit dem Ausdrucke Landgericht Civil-Kammern und Kammern für Handelssachen, wo eine solche besteht. Das Urtheil einer Kammer für Handelssachen, in welchem sich dieselbe für zuständig erklärt, weil sie nach § 101 des Gerichtsverfassungsgesetzes zuständig sei, kann demnach nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil keine Handelssache, sondern eine gewöhnliche Civilsache im Werthe von nicht über 300 Mark Klagsgegenstand und das Amtsgericht zuständig gewesen sei, selbst wenn Ansprüche aus dem außerehelichen Beischlafe, Wildschadensklagen und andere zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehörige Streitgegenstände, ein Darlehen im Betrage von nur 10 Mark u. dgl. klagsweise verfolgt wurden. Allerdings wurde bei § 10, der die Errichtung von Handelsgerichten voraussetzte, an die Urtheile der Kammern für Handelssachen nicht gedacht, auch paßt die Motivirung zu § 10 nicht auf die nur mit einem rechtskundigen, aber mit zwei technischen Richtern besetzten Kammern für Handelssachen; [2]) allein eine Ausscheidung von Urtheilen der Civilkammer und Kammer für Handelssachen ist eben nach § 10 der C.P.O. im Zusammenhalte mit § 70 des G.V.G. unzulässig. [3])

---

nicht für unzuständig erklären, weil die Sache vor ein Gericht niederer Ordnung gehöre. Bes. Begr. zu § 228 (§ 269 des Ges.) des Entw. der Strafproz.-Ordn.

[2]) G.V.G. § 109.

[3]) A. M. Uebel, Comm. d. C.P.O. S. 10—12, wornach auf Grund der Prot. d. J.K. S. 495 ff. das Urtheil einer Kammer für Handelssachen nur

Unter „Urtheil eines Landgerichts" wird ein Versäumungsurtheil nicht begriffen.[4]) Zwar schließt die Civilprozeßordnung an einzelnen Stellen unter Urtheil auch das Versäumungsurtheil ein (§§ 644, 646), allein der § 10 setzt, wie erwähnt, voraus, daß die Einrede der Unzuständigkeit vergeblich vorgebracht wurde, also ein kontradiktorisches Verfahren; § 307 hebt die Folgen der Versäumniß auf, gestattet also das Nachholen aller Einreden und die Einrede der Unzuständigkeit kann daher selbst nach einem zweiten wieder aufgehobenen Versäumungsurtheil (§§ 310, 474 Abs. 2) noch vorgebracht werden.

„die Zuständigkeit des Amtsgerichts". Das Gesetz sagt nicht „eines Amtsgerichts". Es kann hier nur von der Zuständigkeit des an Stelle des Landgerichts tretenden diesem untergeordneten Amtsgerichte die Rede sein. Wird die Zuständigkeit des Landgerichts bestritten, weil ein ihm nicht untergeordnetes Amtsgericht zuständig sei, beispielsweise weil die Klage als rei vindicatio eines nicht über 300 Mark werthen, im Bezirke eines nicht zum Landgerichtssprengel gehörigen Amtsgerichtes liegenden Immobile nur bei diesem Amtsgerichte anzubringen sei, dann ist Berufung allerdings zulässig, wenn dieser geltend gemachte Grund für die Unzuständigkeit nicht berücksichtigt wurde. Wenn übrigens der Paragraph von der Zuständigkeit des Amtsgerichtes spricht, so bezieht sich dies auf den § 23 des G.V.G. in seiner Totalität nicht blos auf Ziffer 1 dieses Paragraphen.[5])

Im Gegensatz zu § 10 kann das Urtheil eines Amtsgerichts angefochten werden, weil das Landgericht zuständig gewesen wäre,

---

dann unanfechtbar sein soll, wenn die Zuständigkeit des Amtsgerichts auf Grund der Ziff. 1 § 23 des G.V.G. gegeben gewesen wäre; diese Verhandlungen der Justizkommission sind aber nicht Gesetz.

[4]) Dagegen Seuffert, C.P.O. zu § 10 Nr. 3, weil, wenn der Einspruchskläger keinen anderen stichhaltigen Grund zur Anfechtung habe, jedes Interesse an der Einspruchserhebung fehle, auch § 307 die allgemeine Regel des § 10 nicht überwinde. Aber der Einspruchskläger kann gerade sehr viel Interesse haben, die Entscheidung zu verzögern, sich erst kontumaziren zu lassen, um noch später die Einrede der Unzuständigkeit vorbringen zu können.

[5]) Wie Siebenhaar, Comm. z. C.P.O. S. 47 ohne Motivirung behauptet.

und ist dies der Fall, so hat das Berufungsgericht die Klage einfach abzuweisen. [6])

§ 11.

Ist die Unzuständigkeit eines Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte rechtskräftig ausgesprochen, so ist diese Entscheidung für das Gericht bindend, bei welchem die Sache später anhängig wird.

„auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit", es ist also hier nur von einer Unzuständigkeitserklärung auf Grund der §§ 23 und 70 des Gerichtsverfassungsgesetzes die Rede und in diesem Falle ein negativer Kompetenzkonflikt ausgeschlossen, wenn der Grund der Unzuständigkeit identisch ist. Eine Unzuständigkeitserklärung auf Grund anderer Motive bindet jedes später angegangene Gericht nicht. Dieses kann sich hier gleichfalls für unzuständig erklären, und wird diese Erklärung rechtskräftig, so tritt die Entscheidung nach § 36 Ziff. 6 ein. Solche Motive einer Unzuständigkeitserklärung außerhalb der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit liegen in einer örtlichen Unzuständigkeit, z. B. weil der Beklagte bei einem anderen Gerichte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, weil ein forum rei sitae zuständig sei, dies aber bei dem angegangenen Gerichte nicht begründet werden könne. Die Rechtskraft einer solchen Entscheidung betrifft aber immer nur das angegangene Gericht, kein anderes.

„rechtskräftig". § 19 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung bestimmt:

Rechtskräftig im Sinne dieses Gesetzes sind Endurtheile, welche mit einem ordentlichen Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden können.

---

[6]) Aber nicht an sich gebracht zu betrachten, wie Wernz in der Ztschr. f. R. u. L.R. Bd. III S. 342 aus § 466 folgern will. Abgesehen von der Zulässigkeit einer Revision setzt § 466 einen Antrag des Klägers bei dem Amtsgerichte voraus. Vergl. zu § 466.

Als ordentliche Rechtsmittel im Sinne des vorstehenden Absatzes sind diejenigen Rechtsmittel anzusehen, welche an eine von dem Tage der Verkündung oder Zustellung des Urtheils laufende Nothfrist gebunden sind.[1])

Das Urtheil, wodurch eine prozeßhindernde Einrede — und eine solche ist die der Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts (§ 247 Ziff. 1) — verworfen wurde, ist in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen (§ 248 Abs. 2). Hienach ist die Rechtskraft der Unzuständigkeitserklärung zu bemessen.

„für das Gericht bindend, bei welchem die Sache später anhängig wird". Das Gesetz kann damit unmöglich beabsichtigen, daß jedes Gericht[2]), auch ein unzuständiges, durch die Unzuständigkeitserklärung des zuerst angegangenen gebunden sein soll, es kann offenbar unter dem späteren Gerichte nur das zu verstehen sein, welches zunächst nothwendigerweise an die Stelle des für unzuständig erklärten treten muß, das Amtsgericht an die Stelle des für unzuständig erklärten ihm vorgesetzten Landgerichts und umgekehrt.[3])

Es geht dies unzweifelhaft aus §§ 249 und 466 hervor, wornach in dem gegebenen Falle auf Antrag die Streitsache an ein bestimmtes Amts- oder das Landgericht, d. h. das dem Amtsgerichte vorgesetzte verwiesen werden soll, dann aber auch aus § 36 Ziff. 6.

Dadurch, daß durch die Unzuständigkeitserklärung des zunächst angegangenen Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit das später angegangene Gericht gebunden wird, soll die Möglichkeit, daß für denselben Rechtsstreit sich mehrere Gerichte, von denen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, aus demselben Grunde[4]) sachlich für unzuständig erklären

---

[1]) Vergl. § 645 und die Bemerkungen zu demselben.

[2]) A. M. Uebel, Comm. d. C.P.O. S. 12. Anm. 2 zu § 11.

[3]) S. 99. Es können verschiedene Amtsgerichte zuständig sein, wenn der Beklagte verschiedene Wohnsitze hat oder verschiedene Gerichtsstände konkuriren.

[4]) Dieser Ausdruck der Motive soll nichts anderes bedeuten als: aus der Bejahung oder Verneinung der Voraussetzungen der §§ 23, 70 des G.V.G.

und für diesen Fall die Anwendbarkeit des § 36 Ziff. 6 ausgeschlossen sein.[5])

Erklärt sich die Civilkammer eines Landgerichts für unzuständig, weil ein vermögensrechtlicher Anspruch von nicht über 300 Mark im Werthe Klagegegenstand sei, und erklärt sich eine Kammer für Handelssachen für unzuständig, weil zwar ein Handelsgeschäft in Frage, der Streitgegenstand aber nicht über 300 Mark werth sei, und diese Unzuständigkeitserklärung wird rechtskräftig, so bindet diese Erklärung das betreffende Amtsgericht in der Art, daß es sich nicht aus sachlichen Gründen für unzuständig erklären kann, weil das Landgericht sich für sachlich unzuständig nur dann erklären konnte, wenn überhaupt keine der in § 23 Ziff. 1 und 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes aufgeführten Fälle vorliegen, und es gleichgültig ist, ob in den Gründen der Unzuständigkeitserklärung erwähnt wird, daß die Prüfung über alle Punkte sich erstreckte. Der § 11 spricht von der Unzuständigkeit „auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte" nicht „einer der Nummern des § 23 des G.V.G." Wohl aber kann es sich für unzuständig erklären, weil der Beklagte bei einem andern Gerichte seinen allgemeinen Gerichtsstand habe.[6])

Umgekehrt ist dasselbe Verhältniß gegeben, wenn sich ein Amtsgericht für unzuständig erklärt, weil der Klagsgegenstand über 300 Mark werth sei; hier kann sich ein Landgericht nicht für unzuständig erklären, weil das Amtsgericht aus einem andern Grunde sachlich zuständig sei, aber es kann sich für unzuständig erklären, weil es örtlich nicht zuständig sei oder ein zur Kompetenz der Civilgerichte nicht gehöriger Streitgegenstand vorliege;[7]) auch kann hier noch eine Verweisung an die Kammer für Handelssachen erfolgen.

---

[5]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 10, 11.

[6]) Vergl. zu § 249. Struckmann und Koch, C.P.O. Bemerk. 1 zu § 11 wird angeführt, „die Unzuständigkeitserklärung schlechthin für bindend zu erklären, ohne Rücksicht darauf, welche der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit jener Entscheidung zu Grunde liegt, ist nicht die Absicht gewesen." Woraus ergibt sich dies?

[7]) Vergl. zu § 466.

Im Falle der rechtskräftigen Verweisung einer Sache an ein bestimmtes Amtsgericht oder an das betreffende Landgericht (§§ 249, 466) kann die Zuständigkeit nicht mehr bekämpft werden, selbst wenn die Verweisung an ein in der That unzuständiges Gericht erfolgte und darf der Richter, selbst wenn ein anderes Gericht zuständig wäre, seine Unzuständigkeit nicht berücksichtigen.

Unterläßt der Beklagte, gegen eine auf Antrag des Klägers erfolgte Verweisung vor ein bestimmtes Gericht die Berufung zu ergreifen, so kann er später die Unzuständigkeit des zweiten Gerichts nur insoweit bekämpfen, als er auf eine Einrede nicht verzichten kann, zu diesen gehört aber die Einrede der Unzuständigkeit, so weit als bestimmte Gerichtsstände ausschließlich zuständig sind (§§ 40, 247). Insoweit wird das Gericht sich trotz rechtskräftiger Verweisung für unzuständig erklären können, was sich nur beim Amtsgerichte gegenüber einer Verweisung des vorgesetzten Landgerichts anders gestalten wird, als die Ueberordnung des Letzteren über das Erstere als bindend anzuerkennen sein dürfte.

Anders ist das Verhältniß zwischen den zusammen das Landgericht bildenden Civilkammern und Kammern für Handelssachen gegen einander. Hier gibt es keine Unzuständigkeitserklärung, sondern nur die Befugniß auf Antrag, die streitige Sache von der einen Kammer an die andere, für die Kammer für Handelssachen sogar ohne solchen Antrag, verweisen zu können (§§ 103, 104 des G.V.G.) und eine solche Verweisung ist rechtskräftig und bindet die andere Kammer, denn es gibt kein Rechtsmittel dagegen. [8])

Die eine Kammer wird durch die Verweisung der andern aber nicht nur insofern gebunden, als sie nicht mehr bejahen oder verneinen kann, daß eine Handelssache vorliege, sondern auch keine dieser Kammern kann sich für unzuständig erklären, weil der Streitgegenstand nicht über dreihundert Mark werth sei, denn wenn dies der Fall ist, so konnte die eine Kammer nicht die Sache an die andere verweisen, sondern sie mußte sich lediglich für unzuständig erklären und sie konnte auf Antrag, die Kammer

---

[8]) G.V.G. § 107.

für Handelssachen auch ohne solchen, die Sache sofort an das bestimmte Amtsgericht verweisen. (§§ 103, 104 des G.V.G. mit § 249 der C.P.O.)[9])

Zweiter Titel.

Gerichtsstand.

§ 12.

Das Gericht, bei welchem eine Person ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, ist für alle gegen dieselbe zu erhebenden Klagen zuständig, sofern nicht für eine Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

Gericht — judicium — und Gerichtsstand — forum — sind zwei wesentlich von einander verschiedene Begriffe. Während das Gericht zu den Hauptpersonen des Prozesses gehört, bezeichnet Gerichtsstand ein rechtliches Verhältniß, dem zu Folge eine Person für sich oder für eine Sache bei einem bestimmten Gerichte sich belangen zu lassen verpflichtet ist. Da dieses rechtliche Verhältniß

---

[9]) Vergl. § 10 Anm. 6. In der Ztschr. f. R. u. L.R. Bd. III S. 388 bis 399 sucht Hauser nachzuweisen, daß die Worte „von Amtswegen befugt" in §§ 103, 105 des G.V.G. nichts anderes bedeuten, als: die Kammer hat die in ihrer Amtspflicht liegende Befugniß, zu verweisen, sei hiezu verpflichtet. Dem steht entgegen, daß es dann keines Antrags der Partei bedürfte, höchstens einer Aufmerksammachung, daß befugt und verpflichtet, welchen Ausdruck (oder einen ähnlichen „muß" oder dgl.) eben das Gesetz nicht gewählt hat, total verschieden sind, daß vor den Worten „von Amtswegen" das Wörtchen „auch" steht, was doch den Gegensatz von „auf Antrag" ausdrücken soll, daß der von der Justizkommission angenommene Antrag und nunmehrige § 103 Abs. 2 die Worte enthielt „befugt, auch von Amtswegen" deren Stellung bei der Redaktion ohne Angabe eines Grundes verändert wurde, endlich die in der Justizkommission ohne Widerspruch geäußerte entgegenstehende Ansicht und der Umstand, daß durch § 103 des G.V.G. der abgestrichene Abs. 2 § 38 der C.P.O. ersetzt werden sollte, wornach den Handelsgerichten die Befugniß, aber nicht die Verpflichtung eingeräumt war, zu ihnen nicht gehörige Sachen abzuweisen. Prot. d. J.K. S. 530—531 u. besond. Begr. d. E. zu § 38—40 Abs. 5.

ein verschiedenartiges sein kann, so können bei ein und demselben Gerichte auch verschiedene Gerichtsstände begründet sein, dagegen umgekehrt kann ein Gerichtsstand nicht auf verschiedene Gerichte vertheilt werden. Der Gerichtsstand der gelegenen Sache kann nur bei dem Gerichte sein, in dessen Bezirk die Sache liegt, und selbst der Umstand, daß in Folge eines mehrfachen Domizils ein mehrfacher Gerichtsstand des Wohnsitzes bestehen kann, begründet keine Ausnahme; denn nicht ein und derselbe Wohnsitz, sondern nur die verschiedenen Wohnsitze, jeder für sich, begründen einen verschiedenen Gerichtsstand des Wohnsitzes (§ 13). Ebenso wird, wenn gegen den außerehelichen Vater wegen vermögensrechtlicher Ansprüche bei dem Gerichte des Wohnsitzes (§ 13), bei dem Gerichte des Aufenthalts (§ 21), und bei dem Gerichte für Klagen aus unerlaubten Handlungen (§ 31)[1]) geklagt werden kann, der Gerichtsstand immer durch ein verschiedenes rechtliches Fundament ein und desselben Klagegegenstandes begründet.

Der Gerichtsstand ist entweder ein gesetzlicher, d. h. ein solcher, dessen Begründung auf gesetzlichen Bestimmungen beruht, oder ein s. g. prorogirter oder gewillkürter, der durch die Willkür d. h. Uebereinkunft der Parteien gebildet wird (§§ 37—40). Der gesetzliche Gerichtsstand scheidet sich wieder in allgemeinen, der für alle Klagen gegen eine Person gegeben ist (§ 12) und deshalb auch persönlicher Gerichtsstand genannt wird, und besonderen, der nur für gewisse Rechtsverhältnisse besteht (§§ 23—34).

Die besonderen Gerichtsstände endlich zerfallen in elektiv besondere und exklusiv besondere; letztere schließen jede Wahl des Gerichtsstandes aus; erstere gestatten eine Wahl zwischen dem allgemeinen und den verschiedenen elektiv besonderen Gerichtsständen (§ 35).

Aus diesen Bemerkungen ergibt sich auch der Unterschied zwischen Zuständigkeit[2]) — sachlicher wie örtlicher — und Gerichtsstand. Die Zuständigkeit ist eine Eigenschaft des Gerichts, der

---

[1]) Den außerehelichen Beischlaf als Quasidelikt vorausgesetzt, vgl. zu § 32.
[2]) Seite 11.

Gerichtsstand eine Eigenschaft einer Person oder Sache, wodurch die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts begründet wird.

Die §§ 12—20 behandeln die allgemeinen Gerichtsstände. Die Civilprozeßordnung geht hiebei von dem Grundsatze aus, daß der allgemeine Gerichtsstand immer der des Wohnsitzes sei und um diesen Grundsatz konsequent durchzuführen, fingirt sie in einzelnen Fällen — aber nur in prozessualer Beziehung ohne jede Alterirung der civilrechtlichen Prinzipien über den Wohnsitz — einen solchen als Quasidomicil (vergl. § 13.)

Die §§ 23 bis 34 sprechen von den besonderen Gerichtsständen, wobei die §§ 21 und 22 den Uebergang von den allgemeinen zu den besonderen Gerichtsständen vermitteln. [3])

Die Civilprozeßordnung geht bei den Bestimmungen über die Gerichtsstände auch von dem Grundsatze aus, daß hier Ausländer, insoweit nicht einzelne Ausnahmen bestimmt sind, [4]) und Angehörige des deutschen Reichs — Reichsverf. v. 16. April 1871 Art. 3, Gesetz von demselben Tage § 2 Abs. 2, Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 §§ 1—12 — ganz gleich zu behandeln sind, ohne Rücksicht auf die Parteistellung im Prozesse und ohne Rücksicht darauf, ob es sich um einen allgemeinen oder besonderen Gerichtsstand handelt. Auch dieser Grundsatz ist konsequent durchgeführt. [5]) Deßhalb können auch Ausländer auf inländische Gerichte prorogiren. [6])

„eine Person". Im Gegensatze zu § 13 ist hier unter Person die physische und die juristische Person zu verstehen. Hier handelt es sich um den allgemeinen Gerichtsstand, dort um den Wohnsitz.

---

[3]) Die Bestimmungen des zuständigen Gerichts für bestimmte Fälle durch das höhere Gericht ordnen die §§ 36, 37.

[4]) Das ist der Fall in den §§ 568, 594, 617, 705, 729, 780.

[5]) Bef. Begr. d. E. zu § 12.

[6]) Vergl. zu § 38. Für den Gerichtsstand macht es begreiflicher Weise keinen Unterschied, ob das in Frage kommende Rechtsverhältniß nach inländischem oder ausländischem Rechte zu beurtheilen ist. Auch bei Klagen gegen Inländer ist ja auf das so sehr verschiedene partikulare Recht zu rekurriren.

„allgemeinen Gerichtsstand". Die Civilprozeßordnung spricht hier von dem rechtlichen Verhältnisse, welches über die Zuständigkeit der Gerichte mit Rücksicht auf den Ort ihres Sitzes (örtliche Zuständigkeit) entscheidet, im Gegensatze zur sachlichen Zuständigkeit.

„so fern nicht für eine Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist". Die Civilprozeßordnung kennt einen exklusiv besonderen Gerichtsstand [7]) bei dinglichen Klagen (§ 25), für die Nichtigkeits- und Restitutionsklage (§ 547), für Ehe- und Entmündigungsklagen (§§ 568. 594, 606, 617, 621, 624), für das Mahnverfahren (§ 629), — für die Zwangsvollstreckung (§ 707), wozu die §§ 660 Abs. 2, 667, 684—687, 690, 704, 705 gehören, für die Klagen aus dem Vollzuge eines schriftlichen Schiedsvertrags (§ 871), dann bestimmt das Gerichtsverfassungsgesetz für gewisse den Landgerichten zugewiesene Rechtssachen hier einen ausschließlichen Gerichtsstand (§ 70 des G.V.G.).[8])

Die in den §§ 12—34 der Civilprozeßordnung aufgeführten Gerichtsstände sind hienach nicht die einzigen in der Civilprozeßordnung vorkommenden. In den Motiven zu §§ 12—37 ist bemerkt: „Mit Rücksicht auf den Zusammenhang, der zwischen einzelnen Gerichtsständen und der in der Prozeßordnung geregelten Materien besteht, ist darauf verzichtet, sämmtliche Gerichtsstände in dem zweiten Titel zusammenzustellen. Es finden sich daher durch den ganzen Entwurf zerstreut Vorschriften über den Gerichtsstand."

Der gemeine deutsche Civilprozeß kennt auch privilegirte Gerichtsstände für Personen oder Sachen, ebenso unterscheidet er zwischen forum ordinarium und etraordinarium, d. h. demjenigen, in welchem ein sonst nur als zweite Instanz zulässiges Gericht als erste Instanz angegangen werden kann, bei dem also statt der gewöhnlichen Berufung ausnahmsweise auch eine Klage zu erheben ist. Solche Gerichtsstände kennt die Civilprozeßordnung nicht[9])

---

[7]) Vergl. § 1 Anm. 30.

[8]) S. 36.

[9]) Auch nicht für Handelssachen. Die Kammern für Handelssachen sind nur Abtheilungen der Landgerichte. § 16 des G.V.G. sagt: „Ausnahmsgerichte sind unstatthaft. Niemand darf seinem ordentlichen Richter entzogen werden."

und wo sie bisher für Personen oder Sachen noch bestanden, werden sie mit Einführung der Civilprozeßordnung aufgehoben[10]).

Nur für die regierenden Fürsten in Deutschland und die Mitglieder ihrer Familien bleibt der bisherige Gerichtsstand beibehalten, ebenso für die fürstliche Familie Hohenzollern.

§ 5 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung bestimmt: **„In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie der Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern, finden die Bestimmungen der Civilprozeßordnung nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten. Für vermögensrechtliche Ansprüche Dritter darf jedoch die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht von der Einwilligung des Landesherrn abhängig gemacht werden."** [11])

Mit Abs. 1 dieses § stimmt der § 5 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze wörtlich überein, nur heißt es natürlich dort statt Civilprozeßordnung — Gerichtsverfassungsgesetzes.

Gerichtsstände der deutschen Landesfürsten und der Mitglieder ihrer Familien:[12])

Die Aeußerung des Reichstagsabgeordneten Grimm, daß dem System der Prozeßordnung ein judicium extraordinarium bekannt sei — Prot. d. J.K. S. 522 — bezieht sich nicht hieher.

[10]) Das ist z. B. der Fall bei Rechtsstreitigkeiten über den Adelsstand in Bayern nach den §§ 7, 9 Abs. 2 der Beilage V zur Verfassungsurkunde, für die bisher in erster Instanz das Appellationsgericht, in zweiter das Oberappellationsgericht zuständig war. Darunter fallen ferner der befreite Gerichtsstand für Studirende an den Universitäten Leipzig und Jena und den preußischen Universitäten, die Weserzollgerichte u. dgl.

[11]) Aber bei nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen Dritter bleiben die bisherigen allenfalls deshalb bestehenden Bestimmungen aufrecht erhalten. Auch werden die hausgesetzlichen Bestimmungen über Streitigkeiten der Mitglieder der landesherrlichen Familien unter sich durch die Bestimmungen der Prozeßordnung nicht berührt. Prot. d. J.K. S. 439.

[12]) Selbstverständlich treten an die Stelle der nachstehend bezeichneten Gerichte diejenigen, durch die sie bei Einführung der Civilprozeßordnung ersetzt werden.

1. In Preußen werden Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche an den König gegen die Civilliste gerichtet. Rechtsangelegenheiten aller Art unter den Mitgliedern der königlichen Familie sind der Jurisdiktion der bürgerlichen Gerichte entzogen, dagegen ist bei Klagen Dritter gegen Mitglieder der königlichen Familie der persönliche Gerichtsstand dieser bei dem mit dem Kammergerichte[13]) verbundenen geheimen Justizrathe.[14]) Denselben persönlichen Gerichtsstand haben die Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern.[15])

2. In Bayern wird bei Ansprüchen gegen den König die Civilliste belangt und zwar vor den Gerichten der Hauptstadt.[16]) Dieselbe wird vertreten durch die Vorstände der Hofstäbe und Intendanzen und den Vorstand der Kabinetskasse. Die Mitglieder der königlichen Familie haben für Real- und gemischte Klagen ihren Gerichtsstand bei den einschlägigen Appellationsgerichten, für rein persönliche Angelegenheiten bei dem Könige selbst, der nach seinem Ermessen den königlichen Familienrath zuziehen kann.[17])

3. In Sachsen haben der König und die Mitglieder der königlichen Familie ihren persönlichen Gerichtsstand bei dem Bezirksappellationsgerichte in Dresden, selbst bei Streitigkeiten der königlichen Familie unter sich; doch hat das Justizministerium hier erst einen Sühneversuch anzustellen.[18]) Der König wird durch einen vom kgl. Ministerium des Hauses zu bestellenden Anwalt vertreten.

---

[13]) Es ist dies der alte bisher beibehaltene Name der Berliner Appellationsgerichts.

[14]) Preuß. L.R. Einleit. § 80 Th. II Tit. 13, 17, 18. Allg. G.O. Thl. I, 2 § 41. Verordn. v. 2. Jan. 1849 § 11. Ges. v. 26. April 1851 Art. V.

[15]) Verordn. v. 2. Jan. 1849 § 11. Ges. v. 26. April 1851 Art. III. Verordn. vom 14. August 1852.

[16]) Bayer. Proz.-O. v. 1869 Art. 15 Abs. 2.

[17]) Familienstatut v. 5. August 1819 Tit. X §§ 1—8.

[18]) Ges. v. 28. Jan. 1835 über privilegirte Gerichtsstände u. a. §§ 1—4. Ges. v. 11. August 1855, die künftige Einrichtung der Behörden, § 3. Verordn. v. 28. März 1835. Königl. Hausges. v. 30. Dez. 1837 Abschn. IX § 77.

4. Die Württembergischen Gesetze und Hausgesetze enthalten keine Bestimmungen über den Gerichtsstand des Königs. Derselbe konnte bisher nur mit seiner Einwilligung belangt werden und bestimmte dann selbst das zuständige Gericht.[19])

Nunmehr wird, insofern nicht ein besonderes Gesetz über den Gerichtsstand des Königs erlassen wird, das Obertribunal in Stuttgart für vermögensrechtliche Ansprüche gegen den König das zuständige Gericht sein, wie dies auch bei Klagen Dritter gegen Mitglieder der königlichen Familie, auch der Prinzen und Prinzessinen unter sich, wenn sie nicht mit dem regierenden König in Hausgemeinschaft leben, der Fall ist.[20])

5. Auch im Großherzogthum Baden bestehen keine Gesetze über den Gerichtsstand des Großherzogs, ebenso wenig aber auch über den Gerichtsstand der Mitglieder der großherzoglichen Familie. Bei Ansprüchen gegen den Großherzog wird die Civilliste belangt. Die Mitglieder der großherzoglichen Familie sind seit Beseitigung des privilegirten Gerichtsstandes durch das Gesetz vom 15. Febr. 1851 bei Klagen Dritter den gewöhnlichen Gerichten unterworfen. Bei Streitigkeiten in der großherzoglichen Familie entscheidet die Hausverfassung.

6. Im Großherzogthum Hessen besteht zur Zeit kein Gerichtsstand für den Landesfürsten, er steht nicht unter den Gerichten seines Landes, hat sich aber vorkommenden Falls dem Ausspruch des Oberappellationsgerichts freiwillig und speziell unterworfen.[21])

Für Realklagen ist anzunehmen,[22]) daß der Landesherr bei den gewöhnlichen Gerichten zu belangen ist, einen Gerichtsstand der Civilliste gibt es nicht.

---

[19]) Berner-Schäfer, das Verf. v. d. Württemb. Ger. S. 91. Prot. der J.K. S. 438—439. Vergl. auch v. Wächter, Württemb. P.R. Bd. II S. 75.

[20]) Novelle v. 15. Sept. 1822 § 1, a. Ges. v. 17. August 1849 Art. 3. Hausges. v. 8. Juni 1828 Art. 64. Die Berufung geht auch zukünftig hier an einen andern Senat des Obertribunals.

[21]) Archiv f. prakt. Rechtw. N. F. Bd. VI S. 428. Weiß, System d. öffentl. R. d. Großh. Hessen Bd. I S. 200.

[22]) Weiß a. a. O.

Für die Mitglieder der großherzoglichen Familie ist eine in Sachen der Posamentiers-Wittwe Weismann gegen den Landgrafen Georg Karl erlassene Ministerialentschließung vom 30. Januar 1808 ad Num. A. D. 114, den Gerichtsstand der nachgebornen Prinzen und Prinzessinen betr., maßgebend, wornach in Personalsachen das großherzogliche Oberappellationsgericht, in Realsachen das gewöhnliche Realforum als der Gerichtsstand bei Klagen gegen dieselben aufgestellt wird.[23])

7. Großherzogthum Mecklenburg-Schwerin. Der Großherzog und die Mitglieder der großherzoglichen Familie haben bei einer der drei Justizkanzleien des Landes, Schwerin, Rostock, Güstrow ihren persönlichen Gerichtsstand. Bisher mußte der Kläger vor Erhebung der Klage gegen den Großherzog die Bestellung eines landesherrlichen Prokurators erbitten, und erst durch Bewilligung eines solchen wurde der Rechtsweg eröffnet.

8. In Sachsen-Weimar ist für Klagen gegen den Großherzog und die Mitglieder der großherzoglichen Familie das Kreisgericht der Residenz ausschließlich zuständig.[24])

9. Großherzogthum Mecklenburg-Strelitz. Hier bestehen dieselben Verhältnisse wie im Großherzogthum Mecklenburg-Schwerin. Zuständig ist aber allein die Justizkanzlei zu Strelitz.

10. In Oldenburg und

11. in Braunschweig bestehen keine Gesetze über einen eximirten Gerichtsstand für den Landesherrn und die Mitglieder seiner Familie. Es treten daher hier die Bestimmungen der Civilprozeßordnung ein.

12. In Meiningen haben die Mitglieder des herzoglichen Hauses ihren persönlichen Gerichtsstand bei dem Appellationsgericht zu Hildburghausen.[25]) Der Herzog konnte bisher nur mit seiner Einwilligung verklagt werden. So lange nicht ein Gerichtsstand

---

[23]) Archiv d. großh. hessisch. Ges. u. Verordn. Bd. I S. 199.

[24]) Weimar-Eisenach. Ges. v. 14. März 1850.

[25]) Meiningen'sches Ges. v. 25. April 1848 Art. 1 u. Ges. v. 22. Juni 1850 Art. 16.

durch Gesetz für ihn begründet wird, theilt er als Mitglied der herzoglichen Familie deren Gerichtsstand.

13. Sachsen-Altenburg. Hier sind alle aus Eigenthums- und Vertragsverhältnissen herrührende, das Eigenthum und Vermögen betreffende Klagen, gegen den Herzog und ein Mitglied des herzoglichen Hauses bei dem Landesjustizkollegium (welches jetzt den Namen herzogliches Appellationsgericht führt) anzubringen. Dem Herzog steht bei Klagen gegen Mitglieder der Familie das Recht des Sühneversuchs zu.[26])

14. Sachsen-Coburg-Gotha. Der Herzog von Coburg und die Mitglieder der herzoglichen Familie haben in allen Rechtsangelegenheiten ihren Gerichtsstand bei den Kreisgerichten zu Coburg und Gotha.[27])

15. In Anhalt besteht für Ansprüche privatrechtlicher Natur gegen den Herzog und die Mitglied seiner Familie, sowie wegen privatrechtlicher Streitigkeiten der Familienmitglieder unter sich, als erste Instanz das Oberlandesgericht zu Dessau.[28])

16. In Schwarzburg-Rudolstadt und

17. Schwarzburg-Sondershausen ist für Klagen gegen den Fürsten und die Mitglieder der fürstlichen Familie das Kreisgericht der Residenz ausschließlich zuständig.[29])

18. Fürstenthum Waldeck. Der Fürst und die Mitglieder des fürstlichen Hauses einschließlich dessen gräflicher Linie haben in allen privatrechtlichen Angelegenheiten ihren ordentlichen Gerichtsstand beim Obergericht,[30]) eheliche Zwistigkeiten werden

---

[26]) Grundgesetz f. d. Herzogth. Sachsen-Altenburg v. 29. April 1831 § 35. (S. 71 der Ges.-Samml. v. 1831).

[27]) § 3 des Ges. v. 21. Sept. 1857, die Zuständ. d. Ger. in bürgerl. Rechtssachen. Nr. 56 der gemeinsch. Ges.-Samml. des Herzogth. Coburg-Gotha.

[28]) Dessauer Ver. vom 26. Juli 1850 § 7, Ges.-Samml. für Anhalt Bd. I S. 137.

[29]) Schwarzburg-Rudolstadter Ges. v. 1. Mai 1850 § 4. Schwarzburg-Sondershauser Ges. v. 4. April 1850 § 4.

[30]) Ges., den personal. Gerichtsst. des Fürsten und der Mitglieder des fürstl. Hauses betr. v. 28. August 1856 § 1.

nöthigenfalls vor ein vom Fürsten zu ernennendes Schiedsgericht verwiesen, dessen Urtheil er zu bestätigen hat.[31])

Nachdem durch den s. g. Accessionsvertrag Waldeck unter preußische Verwaltung getreten war, wurde durch königl. preuß. Verordnung vom 6. Oktober 1868 als das zuständige Obergericht das Appellationsgericht in Cassel bestimmt.[32])

19. Reuß ältere Linie. Der Bundesfürst und die sämmtlichen Mitglieder des fürstlichen Hauses haben bei dem Kreisgerichte Zeulenrode ihren Gerichtsstand.[33])

20. Reuß jüngere Linie. Der Gerichtsstand des Landesfürsten und sämmtlicher Mitglieder des fürstlichen Hauses ist bei dem Kreisgericht zu Gera, ohne Rücksicht auf den Werth und die Natur des Gegenstandes der Klage.[34])

21. Im Fürstenthum Lippe-Schaumburg wird der Fürst bei vermögensrechtlichen Ansprüchen durch die Rentkammer zu Bückeburg vertreten. Die Klage ist bei der fürstlichen Justizkanzlei zu Bückeburg anzubringen. Diese ist auch zuständig für Klagen gegen die Mitglieder der fürstlichen Familie.

22. Fürstenthum Lippe. Einem auf Grund eines von der Regentin Pauline Christine im Jahre 1807 erlassenen Patentes entstandenen Herkommen gemäß, nach welchem Patente sie und ihre Nachkommen bei vorkommenden Rechtsstreitigkeiten bei dem Gerichtsstande der Exemten Recht nehmen wolle und die betreffenden Behörden für solche Fälle der persönlichen Verpflichtung gegen sie und ihr Haus entbunden sein sollten, hatten alle Mitglieder der fürstlichen Familie ihren Gerichtsstand bei dem fürstlichen Hofgerichte oder der fürstlichen Hofkanzlei, welch beide Obergerichte

---

[31]) §§ 49, 50 des Hausges. v. 22. April 1857.

[32]) Angeführte Ver. v. 6. Okt. 1868, betr. die Organis. der Justizbeh. in den Fürstenthümern Waldeck und Pyrmont § 14, V.

[33]) Ges. v. 12. Sept. 1868, die Aufhebung des befreiten Gerichtsstandes betr. § 5. Eine Ausscheidung von Personalklagen und Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche ist nicht getroffen.

[34]) Ges. v. 28. April 1863 über die Aufhebung des befreiten Gerichtsstandes § 3.

gleichmäßig konkurrirten. Im Prozeßgesetze vom 12. April 1859[35]) wurde dieses Herkommen bestätigt. Die beiden Obergerichte sind als dinglich befreiter Gerichtsstand auch für alle auf die Dominialgüter oder die fürstliche Hofhaltung bezüglichen Rechtsstreitigkeiten zuständig.

Dadurch, daß die bisherigen Bestimmungen über den Gerichtsstand der deutschen Landesherrn und der Mitglieder ihrer Familien durch § 5 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung zum Reichsgesetze erhoben wurden, ist der nur für den Bundesstaat bisher bestandene eximirte Gerichtsstand auf das Reich ausgedehnt worden und sind hiernach alle Klagen gegen die deutschen Landesfürsten und die Mitglieder ihrer Familie nur bei diesen Gerichten anzubringen.[36])

Alle in Deutschland domicilirenden Personen haben da auch ihren Gerichtsstand, sind also der Gerichtsbarkeit des deutschen Reichs unterworfen.[37]) Eine Ausnahme statuiren die §§ 18 und 19 des Gerichtsverfassungsgesetzes.

§ 18. **Die inländische Gerichtsbarkeit erstreckt sich nicht auf die Chefs und Mitglieder der bei dem Deutschen Reiche beglaubigten Missionen.**[38]) **Sind diese Personen Staatsangehörige eines der Bundesstaaten, so sind sie nur insofern von der in=**

---

[35]) § 2 Nr. 1 a.

[36]) Die deutschen Landesfürsten und Mitglieder der fürstlichen Familien, für die ein eximirter Gerichtsstand nicht besteht, sind den Bestimmungen der Civilprozeßordnung unbedingt unterworfen. Indessen kann jede Landesgesetzgebung einen solchen Gerichtsstand schaffen. Vgl. bes. Begr. zu § 5 des E.G. z. GVG.

[37]) Auch die im deutschen Reiche angestellten fremden Konsuln, soferne nicht in Verträgen des deutschen Reichs mit anderen Mächten Vereinbarung über die Befreiung der Konsuln von der inländischen Gerichtsbarkeit getroffen wurden. G.V.G. § 21.

[38]) Um möglicher Weise eine nicht erschöpfende Aufzählung der einzelnen Gesandtschaften, Missionen 2c. zu vermeiden, wurde dieser allgemeine Ausdruck gebraucht. Bes. Begr. des E. d. G.V.G. § 6. Nach dem Reglement des Wiener Congresses vom 19. März 1815, angenommen in der Bundesversammlung am 12. Juli 1817, gibt es 3 Klassen von Gesandten, denen der Aachener Congreß am 21. November 1828 eine vierte beigesellte. Klüber, Akten des Wiener Congresses Bd. VI S. 204.

ländischen Gerichtsbarkeit befreit, als der Staat, dem sie angehören, sich der Gerichtsbarkeit über sie begeben hat.

Die Chefs und Mitglieder der bei einem Bundesstaat beglaubigten Missionen sind der Gerichtsbarkeit dieses Staates nicht unterworfen. Dasselbe gilt von den Mitgliedern des Bundesraths, welche nicht von demjenigen Staate abgeordnet sind, in dessen Gebiete der Bundesrath seinen Sitz hat.

§ 19. **Auf die Familienglieder, das Geschäftspersonal der im § 18 erwähnten Personen und auf solche Bedienstete derselben,**[39] **welche nicht Deutsche sind, finden die vorstehenden Bestimmungen Anwendung.**[40]

Die Motive bemerken zu § 6 (nun § 18) des Gerichtsverfassungsgesetzes: „Nach der Ansicht der Lehrer des Völkerrechts sind diplomatische Personen, wenn sie in einem dauernden Unterthanenverhältnisse zu demjenigen Staate stehen, bei welchem ste beglaubigt sind, nur in so weit von dessen Gerichtsbarkeit befreit, als dieser Staat sich der Gerichtsbarkeit über sie begeben hat. Im Verhältnisse zum deutschen Reiche muß die Reichsangehörigkeit als entscheidend angesehen werden, dies bringt der zweite Satz des § 6 zum Ausdruck. Der Bundesstaat, der auf seine Gerichtsbarkeit gegenüber solchen bei dem deutschen Reiche beglaubigten diplomatischen Personen verzichtet, thut dies als Theil und im Namen des deutschen Reichs.[41]

[39]) Zu dem Geschäftspersonal und den Bediensteten gehören Legationsräthe, Gesandtschaftssekretäre, Attachées und sonstige Beamten, dann Aerzte, Geistliche, Lehrer, Haushofmeister und selbst die zum rein persönlichen Dienste bestimmten Diener. Heffter, Völkerrecht § 42. Weiß, System des deutschen Staatsr. § 272. Klüber, Europäisch. Völkerr. § 204. Die in neuerer Zeit eingeführten Militärbevollmächtigten und Militärattachées haben diplomatischen Charakter und gehören zu den betreffenden Gesandtschaften. Dagegen haben diplomatische Agenten, die sich nur zu einem bestimmten Zwecke, Abschluß eines Heirathsvertrags, eines Zollvertrags u. dgl., kürzere Zeit außerhalb des Staats, dem sie angehören, aufhalten, das Recht der Exterritorialität am Aufenthaltsorte nicht.

[40]) Vergl. zu § 16.

[41]) An angeführter Stelle ist weiter bemerkt, daß in der That ein preußischer Unterthan als Ministerresident einer amerikanischen Republik bei dem deutschen Reiche beglaubigt sei.

Bemerkt muß noch werden, daß die in den Reichsgesetzen stehenden auf den Gerichtsstand einen Einfluß übenden Bestimmungen durch die Civilprozeßordnung nicht berührt werden[42]) und daß den Landesgesetzen vorbehalten ist, für besondere Fälle (§§ 823, 837) Bestimmungen über den Gerichtsstand zu treffen.[43])

§ 13.

Der allgemeine Gerichtsstand einer Person wird durch den Wohnsitz bestimmt.

Das forum domicilii als forum generale ist in der Regel für alle Klagen zuständig,[1]) für welche nicht besondere Gerichtsstände vorgeschrieben sind.

„einer Person" entgegen dem § 12 sind juristische Personen hierunter nicht verstanden. Juristische Personen können nur einen Sitz, keinen Wohnsitz haben, für sie ist der Gerichtsstand in Consequenz mit dem in § 13 aufgestellten Grundsatz durch § 19 geregelt, es wird dort ein Wohnsitz in prozessualer, nicht in civilrechtlicher Bedeutung aufgestellt.

„Durch den Wohnsitz bestimmt", d. h. das Gericht ist zuständig, in dessen Sprengel der Ort, an welchem der Beklagte wohnt, liegt.

Was unter „Wohnsitz" zu verstehen, ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen, aber nicht ausschließlich des Rechts am Orte des Prozeßgerichts, sondern wo es sich um einen Wohnsitz im Auslande oder überhaupt dem an einem andern Orte[2]) handelt, nach den Vorschriften des dortigen Rechts. Gemeinrechtlich wird derjenige Ort als Wohnsitz betrachtet, den

---

[42]) E.G. z. C.P.O. § 13. Hieher gehören z. B. die Bestimmungen des allgem. deutsch. Handelsges. Art. 111, 164, 213, 315, 455, 475.

[43]) E.G. zur C.P.O. § 11.

[1]) D. h. das forum domicilii in Deutschland; denn selbstverständlich kann die Civilprozeßordnung keine Bestimmungen für die Zuständigkeit eines ausländischen Domizilgerichtes treffen.

[2]) Vergl. zu § 5 a. E.

sich eine physische Person gleichsam als den Mittelpunkt ihres häuslichen und sozialen Daseins gewählt, wo sie sich in der Absicht[3]) niedergelassen hat, daselbst für immer oder doch so lange zu bleiben, bis besondere unvorhergesehene Umstände sie wieder abberufen werden[4]). Deßhalb haben Findelkinder ihren Wohnsitz an dem Orte, wo sie gefunden oder untergebracht sind.[5])

Das Preußische Landrecht Einleitung § 23 spricht von dem eigentlichen Wohnsitze eines Menschen, ohne Erklärung, was Wohnsitz ist. Der Begriff wird als bekannt vorausgesetzt.

Der Code civil bezeichnet in Art. 102 als den Wohnsitz eines Menschen den Ort, wo er seine Hauptniederlassung hat.[6])

Das bayerische Landrecht, sächsische Recht und Württemberger Landrecht enthalten keine näheren Bestimmungen über Wohnsitz.

In Bayern und Württemberg gelten die gemeinrechtlichen Grundsätze[7]) und diese werden auch in Sachsen bei Feststellung

---

[3]) Diese muß aber nicht ausdrücklich ausgesprochen worden sein. Seuffert, Archiv Bd. XIV N. 65. Der Wille einer Person, an einem bestimmten Orte ihren Wohnsitz aufzuschlagen, wird, wie jede andere Willenserklärung, aus concludenten Handlungen geschlossen. Code civil Art. 104, 105.

[4]) Bayer, Vort. z. Martins Lehrb. § 47. Die Bestimmung, daß für Ausgewanderte nach § 32 der Verfassungsurkunde von Württemberg aus dem vor dem Wegzuge erwachsenen Ansprüchen das Domizil noch ein Jahr lang fortdauert, wurde durch die §§ 34, 35 der Württemb. C.P.O. v. 1868 in Beziehung auf den Gerichtsstand aufgehoben.

[5]) In Bayern ist dies durch Cod. jud. c. I § 3 ausdrücklich bestimmt. Diese Bestimmung besteht als civilrechtliche fort. Die Vorschrift der sächsischen Gerichtsordnung § 26, daß für das Findelkind von dem Gerichtsamte, in dessen Bezirk es gefunden wurde, ein Vormund aufzustellen sei, entscheidet nicht für dessen Wohnsitz. Nach französischem Rechte hat das Findelkind, wenn es einen Vormund hat, auch dessen Wohnsitz, Code civil Art. 108.

[6]) Damit ist nach französischem Rechte ein mehrfaches Domizil ausgeschlossen, Zachariä, franz. Civ.-R. § 144 Anm. ** und § 142 Anm. 1. Puchelt antwortet hier auf die Frage: Was ist die Hauptniederlassung? „Das Centrum des Lebens!" Fälle eines fingirten civilrechtlichen Wohnsitzes — Code civil § 74 — können hier, wo es sich um den Gerichtsstand des wirklichen Wohnsitzes handelt, begreiflicherweise nicht berücksichtigt werden.

[7]) Berner-Schäfer des Verf. v. d. württemb. Gericht-Z. § 63 a. E.

des Begriffs von Wohnsitz anzuwenden sein, da das gemeine Recht, wenn auch nicht als subsidäres, so doch als Auslegungsmittel in Betracht gezogen werden darf.[8])

Aus dem Bemerkten ergibt sich, daß Wohnsitz wesentlich verschieden von Heimath ist; ein forum originis[9]) gibt es überhaupt in Deutschland nicht, auch Ansässigmachung, Verehelichung und Bürgerrecht ist ohne Einfluß auf den Wohnsitz.[10])

Als Konsequenz aus der Definition von Wohnsitz ergibt sich, daß ein einmal begründeter Gerichtsstand des Wohnsitzes nicht durch temponäre Abwesenheit[11]) aufgehoben wird, daß er bis zum Tode des Domizilirenden fortdauert, wenn dieser den Gerichtsstand nicht selbst aufgibt, d. h. sich wo anders in der eben erwähnten Absicht häuslich niederläßt.[12])

Hat eine Person an mehreren Orten ihren Wohnsitz,[13]) so ist der allgemeine Gerichtsstand an jedem dieser Orte begründet. Es wird auch nicht zwischen Wohnsitz im Inlande und Auslande

---

[8]) Schmidt, Vorl. Bd. I S. 40 II.

[9]) Eine Art forum originis ist durch die Art. 455 u. 457 des Handelsgesetzbuchs geschaffen, wornach Rheder und Mitrheder wegen jeden Anspruchs aus der Rhederei von dem Gerichte des Heimathhafens belangt werden können. Diese Artikel sind nach Ziff. 2 § 10 des E.G. zur C.P.O. nicht aufgehoben. Auch bei Klagen der Schiffsmannschaft gegen den Schiffer ist das Gericht des Heimathhafens zuständig. E. d. R.O.H.G. Bd. VIII S. 41.

[10]) Sarwey, Monatsschr. Bd. III S. 239. Seuffert, Archiv Bd. XI N. 399, Bd. XV N. 75, Bd. XVII N. 116. Weder der politische Wohnsitz noch der Unterstützungswohnsitz nach dem Gesetz des nordd. Bundes v. 6. Juni 1870, das in Bayern zudem keine Geltung hat, haben mit dem bürgerlichen Wohnsitze etwas gemein. Zachariä, franz. Civ.-R. Bd. I § 141.

[11]) Selbst wenn dieselbe Jahre lang dauert. E. d. O.H.G. Bd. I S. 18.

[12]) Gesterding im Arch. f. civ. Praxis Bd. VII S. 412 ff. Code civil Art. 103. Zachariä a. a. O. S. 350 und Anmerk. 6.

[13]) Gemeinrechtlich gehört dazu, daß eine Person wirklich beabsichtigt, an mehreren Orten zugleich zu wohnen. f. 2 § 2 D ad munic. (L, 1) und fr. 5, 27 eod. Im Preuß. L.R. ausdrücklich anerkannt in Einleitung § 27. Für französisches Recht siehe vorstehende Anm. 6. Die Praxis der sächsischen Gerichte folgte bisher dem gemeinen Rechte. Osterloh d. ord. bürg. Pr. nach sächs. R. Bd. I S. 225 und Anm. 11. Uebrigens enthält § 17 des sächs. bürg. G. ein Beispiel eines mehrfachen Wohnsitzes.

unterschieden;[14]) wer im Auslande wohnt, Deutscher oder nicht, hat dort seinen Wohnsitz, kann aber ebenso gut einen Wohnsitz im Inlande wie im Auslande haben und hat dann sowohl im Inlande wie im Auslande seinen allgemeinen Gerichtsstand.[15]) Es kommt bei dem allgemeinen Gerichtsstande des Wohnsitzes auch nicht darauf an, wo der Beklagte zur Zeit des Entstehungsgrundes der Klage seinen Wohnsitz hat, sondern lediglich auf den Wohnsitz zur Zeit der Klagerhebung. In der Regel hat Jeder das Recht, sich seinen Wohnsitz zu wählen (domicilium voluntarium)[16]). Indessen gibt es auch viele Personen, denen ein solches Wahlrecht nicht zusteht, die in Folge ihres Berufs oder ihrer Beschäftigung einen bestimmten Wohnsitz annehmen müssen, domicilium necessarium. Einen solchen Wohnsitz haben nicht

---

[14]) Bes. Begr. d. E. zu § 13. Hier wird bemerkt: Der Entwurf hielt es für angemessen, in konsequenter Anwendung des Grundsatzes hinsichtlich des Gerichtsstandes nicht zwischen Inländern und Ausländern zu unterscheiden, einen Schritt weiter zu gehen (als der nordd. Entw.), und in den Fällen der §§ 13, 18 den allgemeinen Wohnsitzgerichtsstand dort anzunehmen, wo der Beklagte wohnt, gleichviel ob der Beklagte im Inlande oder Auslande wohnt. Der subsidiäre allgemeine Gerichtsstand am Aufenthaltsorte in Deutschland (§ 18) findet daher nur Anwendung, wenn der Beklagte gar keinen Wohnsitz hat, weder innerhalb noch außerhalb des deutschen Reichs, und ebenso wenig soll in Betreff des letzten Wohnsitzes — welcher für Beklagte ohne Domizil und ohne bekannten deutschen Aufenthaltsort den allgemeinen Gerichtsstand begründet — unterschieden werden, ob der Beklagte den letzten Wohnsitz im Inlande oder Auslande hatte. Der Entwurf hofft mit diesen Grundsätzen eine dem Rechtsbedürfnisse der Gegenwart entsprechende Fortbildung des internationalen Rechts zu fördern und besorgt hieraus keine Gefährdung der deutschen Interessen. Die besonderen Gerichtsstände der belegenen Sache, des Vertrags, des Vermögens 2c. §§ 25, 29, 24 werden genügen, um in den geeigneten Fällen den im Auslande wohnhaften Schuldner vor ein inländisches Gericht zu ziehen.

[15]) Vorausgesetzt natürlich, wenn nach ausländischen Gesetzen durch den Wohnsitz der allgemeine Gerichtsstand begründet wird, wie ja umgekehrt auch der Gerichtsstand im Inlande nach dem inländischen Rechte resp. dessen Bestimmungen über Wohnsitz begründet wird.

[16]) Die Bestimmungen der Art. 176, 2148 des Code civil und alle andern ähnlichen Bestimmungen über die gesetzliche Wahl eines Wohnsitzes, um dort Recht zu nehmen, sind durch § 14 u. 15 Nr. 5 des E.G. z. C.P.O. aufgehoben.

nur ständig angestellte[17]) Staats-, Gemeinde- und Kirchendiener,[18]) sondern überhaupt alle öffentlichen Diener unter der Voraussetzung des ständigen Dienstes, wie Advokaten, Gerichtsvollzieher, ebenso Beamte in Privatdiensten, wie Beamte von Eisenbahngesellschaften, und ähnliche. Der Ort, an welchem sie ihr Amt verwalten und aus diesem Grunde wohnen müssen, bildet ihr nothwendiges Domizil und begründet für sie den Gerichtsstand des Wohnsitzes;[19]) verwalten sie von einem andern Orte aus ihr Amt[20]) oder wenn sie mehrere Aemter haben,[21]) so treten die allgemeinen Grundsätze über den freiwilligen Wohnsitz in Wirksamkeit. In letzterem Falle wird wohl in der Regel der Wohnsitz am Orte des einen Amtes bestehen und von diesem aus das andere verwaltet werden.

Ein domicilium necessarium haben gemeinrechtlich die Sträflinge am Straforte nicht. Ein solches ist am Straforte nur denkbar, wenn die Freiheitsstrafe eine lebenslängliche ist, da hier das frühere Domizil faktisch aufgegeben werden muß.[22])

---

[17]) Nicht ständig, d. h. nur temporär Angestellte, wie Funktionäre, behalten ihren früheren Wohnsitz; Code civil Art. 106, 107, doch wird hier zur Begründung eines gesetzlichen Wohnsitzes sogar lebenslängliche Anstellung erfordert. Zachariä a. a. O. § 143 Anmerk. 1. Für Sachsen vgl. Osterloh a. a. O. Bd. I S. 224, für Württemberg Berner-Schäfer a. a. O. S. 144. Gemeindebeamte, die periodisch gewählt werden, gehören zu den ständig Angestellten.

[18]) Bezüglich der Reichsbeamten im Auslande vgl. § 16.

[19]) fr. 23 § 1 D. (L, 1) c. 8 C. (X, 39).

[20]) Dies kommt oft bei Gemeindebeamten vor, wenn verschiedene Ortschaften zu einer Gemeinde vereinigt sind.

[21]) Z. B. wenn der Oberzollinspektor in Hof zugleich für das Hauptzollamt in Bayreuth, der Oberzollinspektor in Nürnberg zugleich für das Hauptzollamt in Fürth angestellt ist, bei combinirten protestantischen Pfarreien. Der Fall eines mehrfachen Amtes ist z. B. in § 5 des Reichsges. v. 30. Juni 1873, die Bewilligung von Wohnungsgeldzuschüssen u. s. w. betr., vorgesehen.

[22]) Hiemit stimmt die Praxis in Sachsen überein, Osterloh a. a. O. S. 224 und Anm. 10, ebenso in Württemberg, württemb. Commissionsber. zu Art. 31 a. E. Berner-Schäfer a. a. O. S. 144. Entsch. d. Obertrib. zu Stuttgart vom 29. Mai 1832, vergl. auch Seuffert, Archiv Bd. XXIV No. 274. Anders bei Geisteskranken, die in eine Anstalt verbracht sind. Sie können jeden Augenblick wieder entfernt werden, in dem Verbringen in die Anstalt liegt kein freiwilliges Aufgeben des Domizils und fällt das bisherige

Für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen auf bestimmte Zeit Detinirte kann § 21 angewendet werden, für alle andern Klagen bleibt ihnen der persönliche Gerichtsstand am bisherigen Wohnsitze.[23])

Gemeinrechtlich besteht auch für Dienstboten kein nothwendiges Domizil am Orte ihres Aufenthalts (§ 21).[24])

Das französische Recht weicht hiervon ab. Für Volljährige[25]), die bei andern Personen im Dienste stehen oder fortwährend für sie arbeiten, ist der Wohnsitz an dem Orte des Arbeitgebers begründet, wenn sie mit diesem in demselben Hause wohnen[26]) und nicht kraft des Gesetzes[27]) an einem andern Orte einen Wohnsitz haben.

Auch für Bevormundete besteht gemeinrechtlich ein forum necessarium nicht; soweit ein Bevormundeter verklagt werden kann, ist das Gericht seines Wohnsitzes zuständig, er wird nur durch den Vormund vertreten.[28]) Das Preußische Landrecht, das bayerische Landrecht, das sächsische Recht und das Württemberger

---

nicht weg. Seuffert, Archiv Bd. X No. 12. Für Bayern vgl. Bl. f. R.A. Bd. XXXV S. 252 mit Bd. XXIX S. 482. Wenn hier behauptet wird, daß der Sträfling überhaupt kein Domizil am Straforte haben könne, weil sein Aufenthaltsort kein gewählter, sondern ein gezwungener sei, so ist hierauf zu erwidern, daß dies bei Staatsbeamten ꝛc. auch zutrifft. Bei Sträflingen wird in analoger Anwendung der Bestimmungen über die Verbannten das frühere Domizil neben dem am Straforte fortbestehen, — fr. 22 § 3, fr. 27 § 3 D. ad municip. (L, 1) Bayer Civ.-Pr. 7. Aufl. S. 119 — besonders, wenn der Hausstand fortgeführt wird wie vor der Verhaftung.

[23]) Auch nach französischem Rechte. Zachariä a. a. O. S. 350.

[24]) Sarwey, Monatsschrift Bd. I S. 506 ff. Auch nicht in Bayern; Cod. judic. c. I § 14 (eine gültige civilrechtliche Bestimmung) sagt nur, wo nicht ein anderes Herkommen ist, folgen Dienstboten dem foro des Hausvaters, ändert also nichts an den bestehenden civilrechtlichen Bestimmungen. Bl. f. R.A. Bd. IV S. 26, Bd. XII S. 126, 128.

[25]) Vergl. folgende Anmerk.

[26]) Code civil Art. 109, 115; nicht wenn sie in einem andern dem Dienstherrn gehörigen Hause wohnen. Zachariä a. a. O. S. 348 Anm. 10.

[27]) Deshalb gehören Minderjährige und Ehefrauen nicht hieher. Zachariä a. a. O. S. 348 Anm. 9.

[28]) Für die Praxis in Sachsen Osterloh a. a. O. S. 224 Anm. 6.

Landrecht haben gleichfalls keine besonderen Bestimmungen über den Wohnsitz des Bevormundeten; dagegen bestimmt der code civil, daß Minderjährige, welche nicht emanzipirt sind,[29] an dem Orte, wo der Verwaltungsvormund seinen Wohnsitz hat, auch ihren Wohnsitz haben.[30] Dasselbe gilt für entmündigte Volljährige.[31] Der Gerichtsstand des Wohnsitzes und der hiedurch bedingte Instanzenzug dauert fort, wenn der Beklagte nach Erhebung der Klage sein Domizil ändert[32] und nur wenn die Klage zurückgenommen und eine neue gestellt wird (§ 243), richtet sich die neue Klage nach dem inzwischen veränderten Gerichtsstand des Wohnsitzes. Wenn also eine Klage vom Amtsgericht an ein Landgericht oder umgekehrt verwiesen wird, bleibt der bisherige Gerichtsstand des Wohnsitzes der maßgebende, auch bei inzwischen verändertem Wohnsitz des Beklagten.

§ 14.

Militärpersonen haben in Ansehung des Gerichtsstandes ihren Wohnsitz am Garnisonorte.

Diese Bestimmung findet auf diejenigen Militärpersonen, welche nicht zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder welche

---

[29]) Der emanzipirte Minderjährige wird bezüglich des Domizils den Volljährigen gleich geachtet. Zachariä a. a. O. S. 347 Anmerk. ** und S. 327 ff.

[30]) Vergl. übrigens Note 27. In Ansehung des Gerichtsstandes kann dieses Domizil nicht maßgebend sein, hier treten die Bestimmungen des § 17 in Kraft.

[31]) Code civil Art. 108; vergl. zu § 17 a. E. Die Bestimmungen des code p. Art. 29 über den Wohnsitz des Mundtodten haben für Deutschland keine Geltung. Ist der Ehemann entmündigt und unter Vormundschaft der Ehefrau gestellt, so hat er den Wohnsitz dieser. Zachariä a. a. O. S. 348 Anm. 7. Dieser Bestimmung ist aber civilrechtlicher Natur und ändert nichts an der civilprozessualen Vorschrift des § 17. Dagegen muß bei Klagen gegen entmündigte Volljährige, weil diese kein abgeleitetes Domizil haben und es ein mehrfaches Domizil nach französischem Rechte nicht gibt, allerdings auf Art. 108 C. c. Rücksicht genommen werden.

[32]) Bes. Begr. d. E. §§ 227—233 Nr. 2.

selbstständig einen Wohnsitz nicht begründen können, keine Anwendung.

„Militärpersonen“. Die Motive weisen zur Erläuterung dieses Wortes auf § 38 des Reichsmilitärgesetzes hin. Hiemit will das Gesetz die Anwendung des § auf Militärpersonen im Sinne des Militärstrafgesetzbuchs vom 20. Juni 1872 §§ 4, 5 offenbar ausschließen. Allerdings besteht zwischen diesen und den Militärpersonen des Reichsmilitärgesetzes ein wesentlicher Unterschied. Der erwähnte § 38 des letzteren lautet:

Zum aktiven Heere gehören

A. Die Militärpersonen des Friedensstandes und zwar

1) die Offiziere, Aerzte und Militärbeamten des Friedensstandes vom Tage ihrer Anstellung bis zum Zeitpunkte ihrer Entlassung aus dem Dienste;

2) die Kapitulanten vom Beginn bis zum Ablauf oder bis zur Aufhebung der abgeschlossenen Kapitulation;

3) die freiwilligen und die ausgehobenen Rekruten von dem Tage, mit welchem ihre Verpflegung durch die Militärverwaltung beginnt, Einjährig-Freiwillige von dem Zeitpunkte ihrer definitiven Einstellung in einen Truppentheil an, sämmtlich bis zum Ablauf des Tages ihrer Entlassung aus dem aktiven Dienste.

B. 1) die aus dem Beurlaubtenstande (V. Abschnitt) zum Dienst einberufenen Offiziere, Aerzte, Militärbeamten und Mannschaften von dem Tage, zu welchem sie einberufen sind, beziehungsweise vom Zeitpunkte des freiwilligen Eintritts an bis zum Ablaufe des Tages der Entlassung.

C. Die Civilbeamten der Militärverwaltung vom Tage ihrer Anstellung bis zum Zeitpunkte ihrer Entlassung aus dem Dienste.

Alle diese Personen bilden das aktive Heer, deshalb sind sie aber nicht alle auch Militärpersonen im Sinne des § 14. Als solche werden vom Gesetze selbst nur die unter A. Ziff. 1—3 Aufgeführten bezeichnet und auch von diesen gehören nur die unter Ziff. 1 und 2 Aufgeführten zu § 14, denn die Ziff. 3 Aufgeführten dienen nur zur Erfüllung ihrer Wehrpflicht. Die unter B. 1

aufgeführten Personen behalten auch in Ansehung des Gerichtsstandes ihren Wohnsitz, den sie nach Beendigung der ständigen Aktivität oder sonst bisher erworben haben und die Civilbeamten der Militärverwaltung haben, wie alle ständigen Beamten, ein forum necessarium an dem Orte, wo sie angestellt sind.

Auf pensionirte Offiziere und Militärbeamten findet selbstverständlich der § keine Anwendung; für diese gibt es auch in Ansehung des Gerichtsstandes kein anderes Domizil als ihr civilrechtliches.

Zu den Militärpersonen des § 14 gehören offenbar die Marinetruppen, insofern sie unter die oder A. Ziff. 1 und 2 aufgeführten Personen fallen. Denn dem Aktiven „Heere" steht gleich die Aktive „Marine"[1]) und die Marinetruppen haben so gut ihre Garnisonen wie die Truppen des Landheeres.

„in Ansehung des Gerichtsstandes". Die Civilprozeßordnung wollte an der civilrechtlichen Bedeutung des Wohnsitzes nichts ändern, wie bei Beurtheilung von Statusfragen.[2]) Diese Bedeutung bleibt dieselbe, auch wenn der Garnisonsort und mit ihm der Gerichtsstand noch so oft wechseln.

„welche selbstständig einen Wohnsitz nicht begründen können." Die Civilprozeßordnung versteht hierunter „Minderjährige und ähnliche Personen".[3]) Demnach hat ein Offizier, welcher wegen Minderjährigkeit nach dem Civilrechte seines Landes nicht als homo sui juris betrachtet werden kann, auch in Ansehung des Gerichtsstandes seinen Wohnsitz nicht am Garnisonsorte.

„diese Bestimmung — findet keine Anwendung". Die in Absatz 2 des § genannten Personen behalten auch in Ansehung des Gerichtsstandes ihr Domizil, welches sie vor dem Eintreffen am Garnisonsorte hatten.

---

[1]) Militärstrafg. § 126. Deshalb sind aber nicht die „Militärpersonen" des § 14 nach dem Militärstrafgesetze vom 20. Juni 1872 zu bestimmen, wie Uebel Comm. der C.P.O. Anmerk zu §§ 14 u. 18 und Struckmann u. Koch C.P.O. Bem. 1 zu § 14 annehmen.

[2]) Pr. d. J.K. S. 8.

[3]) Prot. d. J.K. a. a. O.

Durch § 14 wird nicht ausgesprochen, daß Militärpersonen den besonderen Gerichtsständen nicht unterworfen sind. Der § schafft keinen ausschließlichen Gerichtsstand, sondern regelt nur den Wohnsitz in Ansehung des Gerichtsstandes für einen bestimmten Fall. Daß die §§ 14 und 15 sich nur auf deutsche Militärpersonen beziehen, ist selbstverständlich.

§ 15.

Als Wohnsitz der Militärpersonen, welche zu einem Truppentheile gehören, der im deutschen Reiche keinen Garnisonort hat, gilt in Ansehung des Gerichtsstandes der letzte deutsche Garnisonort des Truppentheils.

Man muß bei § 15 nicht gerade an den Aufenthalt im Auslande denken, § 15 kommt auch zur Anwendung, wenn Militärpersonen sich in Deutschland aufhalten, ohne da einen Garnisonort zu haben, und ergänzt hier den § 14. Hieher gehört z. B. der Fall, daß Truppen unter Aufgeben ihres bisherigen Garnisonortes zu größeren Manövern auf längere Zeit zusammengezogen werden, um nach Beendigung derselben andere Garnisonen zu beziehen.

Neben dem § 15 besteht aber der § 39 Abs. 3 des Reichsmilitärgesetzes fort. Derselbe bestimmt: „Es bleiben diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft, nach welchen für Truppentheile, die nach der Mobilmachung ihre Garnison verlassen haben oder sich dauernd im Auslande aufhalten, die Ausübung der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit einem inländischen Gerichte oder den Auditeuren ein für allemal übertragen ist, oder für den einzelnen Fall im Verordnungswege übertragen werden kann." Auf eine Aeußerung des Reichstagsabgeordneten Struckmann, daß gegenwärtig keine dauernden Garnisonen außerhalb des Reichs beständen, § 39 Abs. 3 wohl nur im Falle des Kriegs Anwendung finde, bemerkte der Vertreter des Bundesraths, v. Amsberg, daß diese Bestimmung des Reichsmilitärgesetzes habe intakt bleiben sollen. Eine weitere Debatte fand nicht statt.[1])

[1]) Prot. d. J.K. S. 641—642.

Der § 15 ist demnach auch dann anwendbar, wenn sich ein Truppentheil nach Mobilmachung im Auslande befindet, hiedurch der letzte Garnisonsort in Deutschland aufgegeben erscheint, und die streitige Gerichtsbarkeit in diesem Falle einem inländischen Gerichte oder Auditeur nicht übertragen ist.

Durch § 15 wird etwa nicht ausgeschlossen, daß deutsche Truppen, die sich im Auslande aufhalten,[2]) den ausländischen Gerichten unterworfen sein können.

§ 16.

Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen, sowie die im Auslande angestellten Beamten des Reichs oder eines Bundesstaats behalten in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz, welchen sie in dem Heimathsstaate hatten. In Ermangelung eines solchen Wohnsitzes gilt die Hauptstadt des Heimathstaates als ihr Wohnsitz. Ist die Hauptstadt in mehrere Gerichtsbezirke getheilt, so wird der als Wohnsitz geltende Bezirk im Wege der Justizverwaltung durch allgemeine Anwendung bestimmt.

Auf Wahlkonsuln finden diese Bestimmungen keine Anwendung.

„welche das Recht der Exterritorialität genießen", das sind namentlich die in den §§ 18 und 19 des Gerichtsverfassungsgesetzes aufgezählten Personen, insofern sie als Deutsche sich im Auslande befinden und die nicht preußischen Mitglieder des Bundesraths während ihres Aufenthalts in Berlin.

Sind derartige Personen nicht Angehörige des deutschen Reichs, so können sie selbst in dem Falle, daß sie früher in Deutschland wohnten und mit einer Gesandtschaft Deutschland verließen, um mit dieser in gleicher Eigenschaft außerhalb Deutschlands einen andern Wohnsitz zu nehmen, auf Grund des § 16 in Deutschland nicht belangt werden. Das Gesetz verlangt immer,

---

[2]) Wie dies z. B. nach dem Friedensschlusse mit Frankreich vom 10. Mai 1871 der Fall war.

daß derartige Personen Deutsche, d. h. Angehörige des deutschen Reiches sind.[1])

Die exterritorialen Deutschen können ihren Wohnsitz außerhalb ihres Heimathstaates in und außer dem deutschen Reiche haben — das äußert keinen Einfluß auf den allgemeinen Gerichtsstand nach § 16.

„Im Auslande angestellten Beamten des Reichs oder eines Bundesstaats" d. h. ständig Angestellte[2]) im Sinne der §§ 1—3 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 oder nach den Bestimmungen der einzelnen deutschen Staaten über Anstellung. Als Beispiel für die im Auslande angestellten Beamten wird auf die Zollbevollmächtigten hingewiesen.[3])

Die Militärbeamten des Heeres und die der Marine sind zwar auch Reichsbeamte nach § 1 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873, sie sind aber nicht „im Auslande", sondern „im Inlande" angestellte Beamte, gegen sie kann demnach der § 16 nicht angewendet werden,[4]) wenn sie auch zu einer vorübergehenden Mission, wenngleich von längerer Dauer, in das Ausland verwendet werden. Für sie bleibt auch in diesem Falle § 14 in Wirksamkeit. Halten sie sich mit einem Truppentheile, der nicht wieder in seine Garnison zurückkehrt, entfernt hievon in Deutschland oder im Auslande auf, ist § 15 auch auf sie anzuwenden und im Kriege § 39 Ziff. 3 des Reichsmilitärgesetzes, wenn eine

---

[1]) Wie umgekehrt auch das Gefolge fremder Gesandten, sofern es aus Deutschen besteht, der Jurisdiktion der deutschen Gerichte unterworfen ist. Vergl. §§ 18 u. 19 des G.V.G. und die weiteren Bemerkungen S. 114—115.

[2]) Vgl. S. 119—120. Die im Inlande angestellten Beamten des Reichs wie z. B. alle Reichsbeamten in Elsaß-Lothringen, haben den allgemeinen Gerichtsstand am Orte ihrer Anstellung.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu § 16. Hieher gehören beispielshalber aber auch die in Eger oder Kufstein angestellten bayerischen Eisenbahnbeamten.

[4]) A. M. Puchelt, C.P.O. zu § 16 Nr. 7. Im Verzeichnisse, das als Anlage dem Militärstrafgesetzbuche beigegeben ist, wird sub B. bemerkt: Militärpersonen sind alle im Heere und in der Marine stehenden Beamten. Heer und Marine befinden sich aber im Inlande — deren Beamte sind im Inlande angestellt.

Anordnung hiernach besteht. In keinem dieser Fälle sind sie „im Auslande angestellt".

„welchen sie in dem Heimathsstaate hatten". Hatten sie mehrere Wohnsitze, so ist nach den zu § 13 entwickelten Grundsätzen das Gericht eines jeden Wohnsitzes zuständig.[5])

„In Ermangelung eines solchen Wohnsitzes". Das kann mehrfach der Fall sein; beispielsweise wird angeführt, wenn ein in Paris oder London wohnender Deutsche zum diplomatischen Dienste daselbst einberufen wird. Nur eventuell, wenn die genannten Personen in Deutschland gar keinen Wohnsitz haben, gilt die Hauptstadt des Heimathstaates als Wohnsitz. Reichsbeamte, deren dienstlicher Wohnsitz sich im Auslande befindet, für die aber in Deutschland kein Heimathsstaat besteht, haben ihren allgemeinen Gerichtsstand vor den Gerichten zu Berlin.[6])

„Auf Wahlkonsule findet diese Bestimmung keine Anwendung". Dadurch ist ausgesprochen, daß sie den Berufskonsuln (§§ 7—9 des Gesetzes vom 8. November 1867, die Organisation der Bundeskonsuln betr.) auch in Beziehung auf den Gerichtsstand nicht gleich gestellt werden sollten.[7])

Der § ist mit wenigen Redaktionsänderungen gleich dem § 21 des Reichsbeamtengesetzes und schützt das Interesse der Gläubiger der im Auslande wohnenden deutschen Beamten. Dem Ausländer, der in allen Fällen der Exterritorialität und des Mangels einer Konsulargerichtsbarkeit im Auslande nicht klagen kann, gibt er die Möglichkeit, zu seinem Rechte zu gelangen.

Der Gerichtsstand des § 16 konkurrirt da, wo der Beklagte unter deutscher Konsulargerichtsbarkeit steht, mit dem betreffenden

---

[5]) Gerade bei den meistens deutschem Adel angehörigen Gesandten wird es oft vorkommen, daß diese vor ihrer Ernennung theils in einer Stadt, theils auf Gütern lebten.

[6]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[7]) Die Berufskonsuln sind Reichsbeamte. Reichsbeamtengesetz § 25 a. E. Verordn. v. 23. Nov. 1874, die Zuständigkeit der Reichsbehörden rc. §§ 2, 3. Reichsgesetzbl. v. 1874 S. 135.

Konsulargerichte[8]) und bei Klagen nach § 154 des Reichsbeamten-gesetzes mit dem forum delicti comissi, sofern dies in Deutschland liegt.[9])

Durch § 16 wird der inländische Kläger aber selbstverständlich nicht gehindert, gegen den im Auslande angestellten Beamten des deutschen Reichs oder eines Bundesstaats am Orte seines Domizils oder einem andern nach ausländischen Gesetzen zulässigen Gerichte Klage zu erheben, es müßte denn sein, daß der Beamte der Gerichtsbarkeit des nichtdeutschen Staates, in welchem er domilizirt, nach Staatsverträgen oder besonderer gesetzlichen Bestimmung nicht unterworfen, ihm also auch die Eigenschaft der Exterritorialität zuerkannt wäre.[10])

§ 17.

Die Ehefrau theilt in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Ehemanns, sofern nicht auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett erkannt ist.

Eheliche und diesen gleich gestellte Kinder theilen in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Vaters, uneheliche den Wohnsitz der Mutter. Sie behalten diesen Wohnsitz, bis sie denselben in rechtsgültiger Form aufgeben.

„Die Ehefrau". Die Ehefrau hat einen abgeleiteten Gerichtsstand. Sie theilt in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Ehemannes, auch wenn sie nach bürgerlichem Rechte während der Dauer der Ehe einen selbstständigen Wohnsitz zu begründen vermag. So lange der Wohnsitz des Ehemanns besteht, ist für die Bestimmung ihres allgemeinen Gerichtsstandes nicht ihr Wohnsitz, sondern der Wohnsitz des Ehemannes ausschließlich zuständig, auch wenn dieser im Auslande wohnt.[1]) Deshalb

---

[8]) Vergl. die §§ 22—24 des erwähnten Gesetzes v. 8. Nov. 1867 mit § 22 des Reichsbeamtengesetzes.

[9]) § 1 Anm. 75.

[10]) Vergl. § 12 Anm. 37.

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 17.

folgt die in morganatischer Ehe lebende Ehefrau, die civilrechtlich den Wohnsitz des Ehemanns nicht theilt,[2]) in Ansehung des Gerichtsstandes dem Wohnsitze des Ehemanns und ebenso die Handelsfrau, selbst dann, wenn sie ihr Handelsgewerbe an einem von dem Wohnsitze des Ehemanns verschiedenen Orte ausübt.

„sofern nicht auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett erkannt worden ist". Das kann in Deutschland nach § 77 des Gesetzes vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes nicht mehr vorkommen, aber im Auslande, und Ausländer können ihr Domizil in Deutschland nehmen; deshalb war die Bestimmung im Gesetze nothwendig.

So lange die Ehe besteht, mag sie gültig oder nichtig sein, mag sie eine Civilehe oder eine kirchlich eingesegnete sein, folgt die Ehefrau dem Gerichtsstande des Ehemannes, selbst wenn auf Auflösung des Bundes der Ehe geklagt wird (§ 568).

Wird die Ehe durch den Tod des Ehemannes oder durch Scheidung quo ad vinculum getrennt, so fällt der abgeleitete Gerichtsstand fort. Der Scheidung quo ad vinculum ist die immerwährende Trennung von Tisch und Bett gleichgestellt.[3]) Abs. 1 des § bestimmt nicht, wie Abs. 2 für die Kinder, daß der Wohnsitz der Ehefrau fortdauert.

In den Motiven zum Entwurfe ist bemerkt, daß durch die Stellung des § 18 hinter den § 17 zum Ausdruck gebracht werden sollte, daß der abgeleitete Gerichtsstand nicht anders als durch den Wohnsitz des Ehemannes, des Vaters, der Mutter bestimmt werde, und in Ermangelung eines Wohnsitzes derselben ein accessorischer Gerichtsstand nicht begründet werden kann, ferner, daß die Vorschriften der §§ 14—16 auch gegenüber dem abgeleiteten Gerichtsstand gelten.

---

[2]) Riebelschütz, de matr. ad morgan. Nur dann wird bezüglich der Ehefrau wie der Kinder eine Ausnahme stattfinden, wenn der in morganatischer Ehe lebende Ehemann nach § 5 des E.G. z. C.P.O. einen privilegirten Gerichtsstand hat, und hier der Wohnsitz des Vaters auch in Ansehung des Gerichtsstandes der Mutter und Kinder entscheiden.

[3]) Auch die Nichtigkeitserklärung einer Ehe muß konsequenter Weise denselben Erfolg haben.

Wenn und so lange der Ehemann kein Domizil hat,[4]) wird die Ehefrau in Beziehung auf ihren Gerichtsstand als selbstständige Person angesehen und begründet ihren Gerichtsstand selbstthätig nach Maßgabe der §§ 13, 18. Erlangt in stehender Ehe der Ehemann von Neuem ein Domizil, so tritt die Ehefrau wieder in den abgeleiteten Gerichtsstand zurück.[5]) Theilt die Ehefrau eines zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe Verurtheilten den Gerichtsstand desselben am Gerichte des Strafortes? Nein! Der Gerichtsstand des zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe Verurtheilten am Straforte beruht auf dem Umstande, daß der frühere Wohnsitz von ihm als aufgegeben erachtet werden muß. Für die Ehefrau besteht aber kein Grund, an dem vom Ehemanne nicht gewählten Wohnsitze partizipiren zu müssen, man wird daher der Ehefrau des zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe Verurtheilten auch den Gerichtsstand am früheren Wohnsitze des Ehemanns einräumen müssen, wenn man ihr nicht, da diese Verurtheilung einer immerwährenden Trennung von Tisch und Bett faktisch gleichkommt, selbstständig ein Domizil wählen läßt. Dem steht allerdings entgegen, daß nur eine gerichtliche Scheidung die Ehe löst, was hier nicht der Fall ist.

Wo hat aber hat die zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe verurtheilte Ehefrau ihr Domizil, am Straforte, am Wohnsitze ihres Ehemannes nach § 17 oder an beiden Orten? Die Ehefrau hat nur einen accessorischen Gerichtsstand, dieser bleibt ihr, mag sie sich in einem Straforte oder fortwährend als Handelsfrau in einem vom Domizilsorte des Ehemanns entfernten Orte aufhalten.

Aus dem Bemerkten über die Stellung des § 18 hinter den § 17 ergibt sich, daß, wo für den Ehemann ein fingirter Wohnsitz in Bezug auf die Zuständigkeit besteht, nach dem Grundsatze forum accessorum sequitur forum principale die Ehefrau diesen

---

[4]) Dahin gehört der in § 7 Abs. 2 des preuß. Entwurfs von 1864 vorgesehene Fall, daß der Ehemann mit Zurücklassung seiner Ehefrau seinen Wohnsitz aufgibt, ohne einen neuen zu begründen. Die Württ. C.P.O. hat in § 33 Ziff. 1 dieselbe Bestimmung aufgenommen. Vergl. indessen bes. Begr. d. E. zu § 17.

[5]) Bes. Begr. d. E. zu § 17.

theilt, weil sie eben einen abgeleiteten Gerichtsstand hat. Es ist daher der in § 17 aufgestellte accessorische Gerichtsstand accessorisch zu den §§ 14—15, aber nicht auch accessorisch zu dem in § 18 und in § 21 geregelten Gerichtsständen; in letzterem ist nicht einmal von einem Gerichtsstände des Wohnsitzes (auch nicht des fingirten), sondern des Aufenthaltsort die Rede, der auch nicht für alle Klagen, sondern nur für vermögensrechtliche Ansprüche besteht.

„Eheliche und diesen gleichgestellte Kinder“. Wie die Ehefrau, so haben auch die Kinder einen abgeleiteten Gerichtsstand, die ehelichen und die diesen gleichgestellten den des Vaters, die unehelichen den der Mutter. In wie fern außereheliche Kinder den ehelichen gleichgestellt sind, ist nach den Bestimmungen des Civilrechts zu entscheiden. Nach gemeinem Rechte gehören hieher legitimirte (per rescriptum principis oder per subsequens matrimonim) Kinder, aus einer Ehe zur linken Hand, aus einer Putativehe und adoptirte, nicht aber Pflegekinder.

Das Preußische Landrecht stimmt, was legitimirte und Kinder aus Ehen zur linken Hand anbelangt, mit dem gemeinen Rechte überein,[6]) hat über die Annahme an Kindesstatt aber theilweise abweichende Bestimmungen; da aber hiernach das angenommene Kind der natürlichen Gewalt des Adoptirenden unterworfen wird und die adoptirende Frau die Rechte einer leiblichen Mutter erwirbt,[7]) muß es, je nachdem es von einem Manne oder von einer Frau adoptirt wurde, den Gerichtsstand dieser theilen. Die Bestimmung des Preuß. L.R. Th. II Tit. 2 § 597, welche den Brautkindern nach gerichtlicher Erklärung des Vaters die Rechte ehelicher einräumt, ist für Preußen zwar durch § 22 des Ges. v. 24. April 1854, betr. Abänd. d. Abschn. II Tit. 1 u. a. des A.L.R. aufgehoben, ist aber in den Theilen Bayerns, in denen Preußisches Landrecht gilt, noch Gesetz.

Das französische Recht erachtet die durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder gleich den ehelich gebornen,[8]) dagegen erhalten

---

[6]) Preuß. L.R. Th. II Tit. 2 §§ 598, 601—603.

[7]) Preuß. L.R. Th. II Tit. 2 §§ 681, 686, 690.

[8]) Code civil Art. 333. Der Legitimation muß die Anerkennung vorausgehen, daß aber auch schon diese Anerkennung dem außerehelichen Kinde das Recht

adoptirte und Pflegekinder nicht die Rechte von ehelichen Kindern der Adoptiv- oder Pflegeeltern.[9]) Sie behalten daher auch nach der Adoption oder Annahme an Kindesstatt ihren bisherigen Gerichtsstand, wenn nicht durch diese Handlungen der Wohnsitz selbst ein anderer wird.

Das bayerische Landrecht schließt sich, wenn auch in den Voraussetzungen der Legitimation und Adoption von dem gemeinen Rechte abweichend, in den Folgen derselben diesem an.[10])

Weiter geht das sächsische Recht. Es betrachtet legitimirte Kinder und adoptirte als den ehelichen gleich gestellte,[11]) rechnet aber auch die Brautkinder zu den letzteren, selbst dann, wenn die Verlobung vor der Geburt des Kindes wieder zurückging oder die Verlobung erst nach der Zeugung erfolgte und zur Zeit der Geburt noch bestand.[12]) Brautkinder haben also hier den Gerichtsstand des Vaters.

In Württemberg gelten die durch folgende Ehe und königliches Reskript legitimirten außerehelichen Kinder gleich den ehelichen.[13]) Ueber Adoption enthält das Württemberger Landrecht keine Bestimmungen. Es tritt hier subsidiär das gemeine Recht ein.

Im Ehebruche erzeugte Kinder sind als uneheliche zu betrachten, ebenso die während der Dauer einer Ehe gebornen, welche durch Urtheil als nicht eheliche anerkannt wurden. Alle diese folgen dem Gerichtsstand der Mutter.

---

des ehelichen gebe, wie in den Prot. zum nordd. Entw. S. 36 angenommen wird, läßt sich nicht rechtfertigen. Die Anerkennung gibt nach Art. 338 des code civil nur ein gewisses Erbrecht. Die Motive zum Entwurf nehmen auch auf diese Stellen des Prot. zum nordd. Entwurf keinen Bezug.

[9]) Code civil Art. 348, 364; daß der Adoptirte ein Erbrecht an dem Nachlasse des Adoptirenden hat — Art. 350 — ändert hieran nichts.

[10]) Bayer. L.R. Th. I cap. V §§ 8–11.

[11]) Sächsisches bürg. G.B. §§ 1780, 1783, 1787, 1790, 1797, 1808. Schmidt Vorles. über sächs. P.R. § 157. Siebenhaar Comm. zum sächs. b. G. Bemerk. zu den §§ 1780 u. 1787.

[12]) Sächs. bürg. G.B. § 1587. Schmidt a. a. O. § 158. Siebenhaar a. a. O. Bemerk. zu § 1578.

[13]) Württemb. L.R. Th. IV Tit. XVII §§ 1. 2. Auf Grund des protestantischen Kirchenrechts haben in Württemberg die Brautkinder, wenn

Die Bestimmungen des § finden selbst dann Anwendung, wenn die Kinder unter Vormundschaft stehen, aber der Vater oder die Mutter noch am Leben sind.[14])

Wie bereits erwähnt, cessirt der accessorische Gerichtsstand, wenn Vater oder Mutter überhaupt kein Domizil haben. Unter diesen Verhältnissen ist der Gerichtsstand für Kinder, die weder selbstständig noch unter vormundschaftlicher Autorität einen Wohnsitz begründen können, nach den Bestimmungen des § 18 zu regeln.

„bis sie denselben in rechtsgültiger Form aufgeben". Die Aufgabe des Wohnsitzes von Seite der Kinder kann erfolgen nach erlangter Verfügungsfähigkeit oder auch schon früher unter Hinzutritt der vormundschaftlichen oder auch elterlichen Genehmigung. Der einmal begründete Gerichtsstand der Kinder wird aber dadurch nicht aufgehoben, daß der väterliche oder mütterliche Wohnsitz aufhört,[15]) also auch nicht durch den Tod der außerehelichen Mutter, nicht durch deren Verheirathung mit einem andern als den Vater des Kindes, ebensowenig durch den Tod des ehelichen oder als solchen zu erachtenden Vaters.[16]) Es hat also das außereheliche Kind einer selbst wieder außerehelich gebornen Mutter, die zur Zeit der Geburt ihres Kindes noch keinen selbstständigen Wohnsitz erworben hatte, den Gerichtsstand am Wohnorte seiner Großmutter so lange, bis es selbst einen solchen Wohnsitz erworben hat.[17]) Selbst der Umstand, daß nach dem Tode der ehelichen Eltern die Kinder in die Familie des vom Domizilsorte der

---

die Mutter protestantischer Konfession ist, das Recht, durch gerichtliches Erkenntniß für eheliche erklärt zu werden. Lang Handb. d. württemb. Pers. Fam. u. Vorm. R. § 42 III, besonders Anm. 25.

[14]) Die Bestimmung des französischen Rechts, daß auch in diesem Falle die Kinder den Wohnsitz des Vormunds theilen — Zachariä a. a. O. Bd. I S. 348 Anm. 6 — ist lediglich civilrechtlicher Natur, gehört also nicht hieher, da hier nur der Wohnsitz in Ansehung des Gerichtsstandes in Frage ist.

[15]) Bes. Begr. d. E. zu § 17.

[16]) Prot. d. J.K. S. 506.

[17]) Urth. d. O.G.H. zu München vom 13. Aug. 1875 in E. d. O.G.H. Bd. V S. 268.

Eltern entfernt wohnenden Vormundes aufgenommen werden,[18]) oder die eheliche Mutter nach dem Tode des ehelichen Vaters das Domizil wechselt, ändert an dem einmal für die Kinder begründeten Domizil und Gerichtsstand am Wohnsitze des Vaters in so lange nichts, als sie selbst nicht im Stande sind, sich einen Wohnsitz zu wählen,[19]) wohl wird er aber bei einer Aenderung des elterlichen Wohnsitzes gleichfalls geändert, da das accessorium dem principale folgt, so lange dieses existirt.

Die Motive zu § 17 bemerken: Von der Aufstellung eines allgemeinen Gerichtsstandes der unter Vormundschaft oder Kuratel stehenden Personen bei dem Gerichte, in dessen Bezirk die Vormundschaftsbehörde ihren Sitz hat, ist Abstand genommen.[20]) Es bleiben daher die landesgesetzlichen Bestimmungen über den Wohnsitz, in so weit nicht durch § 17 hinsichtlich des Gerichtsstandes anders bestimmt wird, in Kraft,[21]) und da, wo nach den Landesgesetzen bei dem Ableben eines der Eltern ein Vormund aufgestellt werden muß, behalten die Kinder den Wohnsitz des Vaters in Ansehung des Gerichtsstandes. Also sind etwaige Klagen gegen die Kinder aus dem elterlichen Nachlasse immer nur bei dem Gerichtsstande des ehelichen Vaters anzubringen.

§ 18.

Der allgemeine Gerichtsstand einer Person, welche keinen Wohnsitz hat, wird durch den Aufenthalt im deutschen Reiche und, wenn ein solcher nicht bekannt ist, durch den letzten Wohnsitz bestimmt.

Der allgemeine Gerichtsstand des § 18 findet gleichmäßig bei Inländern wie bei Ausländern statt, ist aber ein subsidiärer

---

18) Vergl. hiezu S. 22 u. Anm. 30 daselbst.

19) Vergl. Urth. d. O.G.H. in München v. 21. Juni 1872 in E. d. O.G.H. Bd. II S. 370, vom 14. August 1873 Bd. III S. 519, vom 9. März 1874 Bd. IV S. 152.

20) Bes. Begr. d. E. zu § 17 letzter Absatz.

21) Vergleiche die Bemerkungen zu § 12 über das Domizil der Bevormundeten, S. 121.

und greift nur Platz, wenn der Beklagte gar keinen Wohnsitz hat, weder innerhalb noch außerhalb des deutschen Reichs.[1])

„durch den Aufenthalt". Da hier eine Grenze zwischen längerem und kürzerem Aufenthalt nicht leicht zu ziehen ist,[2]) hat das Gesetz nicht unterschieden. Es fällt der Aufenthalt, wie ihn der § 21 voraussetzt, ebenso gut unter § 18, als der ganz kurze Aufenthalt während einer Durchreise in einer Stadt, und es genügt zur Begründung des Gerichtsstandes, daß der Beklagte sich in dem Bezirke des Gerichts, bei welchem die Klage erhoben werden soll, so lange aufhält, daß ihm daselbst die Klage zugestellt werden kann.[3])

Der Unterschied zwischen dem Gerichtsstand des § 18 und dem des § 21 besteht aber darin, daß letzterer voraussetzt, daß der Beklagte ein Domizil hat, sei es im Inlande oder im Auslande, und nur für vermögensrechtliche Ansprüche besteht. Denn außerdem träte die sonderbare Konsequenz ein, daß bei längerer Dauer des Aufenthalts nach § 21 nicht wegen Statusfragen Klage erhoben werden könnte, wohl aber bei kurzem Aufenthalte nach § 18.[4])

Aus dem Erwähnten ergibt sich auch, daß wenn der Domizilslose sich von dem Orte seines bisherigen Aufenthalts in einen andern Gerichtsbezirk begibt, auch bei den Gerichten dieses Bezirks verklagt werden kann, wenn er auch die Absicht hat, an seinen bisherigen Aufenthaltsort zurückzukehren und dieser Aufenthalt

---

[1]) Das ist der Fall bei Auswanderern während der Reise. Sie können sich an einem Orte aufhalten, suchen sich aber erst einen neuen Wohnsitz. Fr. 27 § 2 D. (L, 1). Als weitere Beispiele für die Anwendung des § 18 kann der Fall dienen, wenn Jemand, der ein Landgut besaß und solches verkauft hat, einstweilen in eine Stadt zieht, bis er seine Absicht, sich wieder ein anderes zu erwerben, ausführen kann, oder ein Oekonom, der seinen Unterhaltung durch Pachtung größerer Güter erwirbt, nach Beendigung eines solchen irgendwo die Zeit und Gelegenheit zu einer neuen Pachtung abwartet. Vergl. übrigens § 13 Anm. 14 u. § 22 Anm. 10.

[2]) Prot. z. hann. E. S. 419.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu § 18.

[4]) Siebenhaar Comm. z. C.P.O. zu § 18 beschränkt den Gerichtsstand desselben auf vermögensrechtliche Ansprüche, ohne nähere Begründung.

nur unterbrochen wurde. Jemand kann ein mehrfaches Domizil haben, aber Niemand kann sich zu gleicher Zeit an verschiedenen Orten aufhalten.[5])

„wenn ein solcher nicht bekannt ist". Unter § 18 fällt der Gerichtsstand, der unbekannt wo? Abwesenden. Es äußert hiebei nach den in §§ 13 und 18 aufgestellten Grundsätzen keinen Einfluß, ob im Inlande für den Abwesenden ein Kuratel bestellt wurde oder nicht. Für den abwesenden domizilslosen Deutschen, für den in Deutschland eine cura absentis besteht — ein solche läßt sich in mehrfacher Weise denken — gibt es in Deutschland keinen Gerichtsstand nach § 18, wenn er nie in Deutschland domizilirte.[6])

Die Bestimmung des § 18 ist besonders wichtig für Klagen gegen domizilslose, sich Jahr ein Jahr aus in Deutschland herumtreibende Geschäftsreisende, die dieselben Orte öfter besuchen und deren Wiederkehr der Gläubiger überwachen kann.

Da die Civilprozeßordnung für die Zuständigkeit grundsätzlich zwischen Inländern und Ausländern nicht unterscheidet, so ergibt sich hieraus, daß der Gerichtsstand des § 18 auch von Ausländern gegen Ausländer benutzt werden kann. Daß er nicht gegen Ehefrauen und Kinder als abgeleiteter Gerichtsstand eintritt, ist schon zu § 17 erwähnt worden. Wohl tritt er aber bei Klagen gegen Ehefrauen und Kinder ein, wenn die Voraussetzungen desselben vorhanden sind.

Die Zustellung der bei dem nach § 18 zuständigen Gerichte erhobenen Klage erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 165—167.

---

[5]) Damit erledigen sich wohl die Bedenken der Motive zu § 4 Abs. 1 des preußischen Entwurfs v. 1864, daß im Gesetze nicht bestimmt wurde, ob auch der Ort, an den sich der Beklagte von seinem bisherigen Aufenthaltsorte aus auf kurze Zeit begeben habe, als Aufenthaltsort zu betrachten sei.

[6]) § 3 des Reichsges. über die Erwerb. u. d. Verl. der Bundes- und Staatsangeh. v. 1. Juni 1870 bestimmt: „Durch die Geburt, auch wenn diese im Auslande erfolgt, erwerben eheliche Kinder eines Deutschen die Staatsangehörigkeit des Vaters, uneheliche Kinder eines Deutschen die Staatsangehörigkeit der Mutter."

„letzter Wohnsitz". Es wird nicht unterschieden, ob der letzte Wohnsitz sich im Inlande oder Auslande befand.[7]) War der letzte Wohnsitz ein ausländischer, so fällt die Zuständigkeit der deutschen Gerichte hinweg. Es kann aber zweifelhaft sein, ob der Beklagte, der in Deutschland einen Wohnsitz hatte, nach Aufgabe dieses einen neuen im Auslande erworben hat. Bei der Beurtheilung dieser Frage ist das ausländische Civilrecht maßgebend und vom inländischen Richter anzuwenden, gleichgültig ist aber für den § 18, ob nach dem ausländischen Rechte durch das letzte Domicil des Beklagten im Auslande dort ein Gerichtsstand begründet wurde oder nicht.

§ 19.

Der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinden, der Korporationen, sowie derjenigen Gesellschaften, Genossenschaften oder andern Personenvereine und derjenigen Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, welche als solche verklagt werden können, wird durch den Sitz derselben bestimmt. Als Sitz gilt, wenn nicht ein anderes erhellt, der Ort, wo die Verwaltung geführt wird.

Gewerkschaften haben den allgemeinen Gerichtsstand bei dem Gerichte, in dessen Bezirke das Bergwerk liegt, Behörden, wenn sie als solche verklagt werden können, bei dem Gerichte ihres Amtssitzes.

Neben dem durch die Vorschriften dieses Paragraphen bestimmten Gerichtsstande ist ein durch Statut oder in anderer Weise geregelter Gerichtsstand zulässig.

Die Grundsätze des § 19 über den allgemeinen Gerichtsstand der juristischen Personen und anderer nicht als einzelne physische Personen in Betracht kommender Parteien, welche nach dem bürgerlichen Rechte vor Gericht belangt werden können, entsprechen im Wesentlichen den bestehenden Rechten und stehen insbesondere in Uebereinstimmung mit den Vorschriften des deutschen Handelsgesetzbuchs und des Reichsgesetzes vom 4. Juli 1868 über

---

[7]) Bes. Begr. d. E. zu § 13.

den ordentlichen Gerichtsstand der Gesellschaften und Genossenschaften.[1])

„Gemeinden". Die Gemeinden sind öffentliche Körperschaften mit dem Rechte der Selbstverwaltung nach Maßgabe der Gesetze[2]) und können als solche unbedingt klagen und verklagt werden. Zu den Gemeinden zählt aber nicht nur die Ortsgemeinde,[3]) sondern auch die bayerische Kreisgemeinde, die Distriktsgemeinden, die württembergischen Amtskorporationen und Theilgemeinden, namentlich aber auch die Kirchengemeinden eines bestimmten Orts, wenigstens in Bayern, Sachsen und Württemberg.[4])

Zu den Kirchengemeinden gehören die altkatholischen Kirchengemeinden, sofern sie staatlich als solche anerkannt sind.[5])

In Bayern werden zur Zeit die Altkatholiken nicht als aus der katholischen Kirche ausgetreten betrachtet, können daher auch keine selbstständige Kirchengemeinde bilden.[6])

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 19. Die Frage, ob Handelsgesellschaften als juristische Personen zu betrachten seien, wurde bekanntlich bei Berathung des Handelsgesetzbuchs in der Nürnberger Konferenz vielfach besprochen, ein Resultat aber nicht erzielt. Die Frage hat übrigens kein praktisches Interesse, da ja die Firma klagt und verklagt wird und ist ohne Einfluß auf § 19. — Die Zweigniederlassung eines Handelsgewerbes begründet kein zweites Domizil und fällt nicht unter § 19. E. d. R.O.H.G. Bd. XVII S. 319.

[2]) Bayer. Ges., die Gemeinde-Ordn. diesseits des Rheins betr., vom 29. April 1869 Art. 1. Gem.-Ordn. f. d. Pfalz Art. 1. Sächs. Ges. vom 2. Febr. 1832, die Städte-Ordn. betr. § 28; vom 7. Nov. 1838, die Landgemeinde-Ordn. betr. § 56. Württemb. Verfass.-Urk. Art. 62, 65. Lang, Hdb. des Württemb. Pers. Fam. u. Vorm. R. § 31.

[3]) E. d. O.G.H. Bd. V S. 3.

[4]) Roth, Bayer. Priv.-R. Bd. I S. 223. Schmidt, Vorles. über sächs. Priv.-R. Bd. I S. 86. Siebenhaar, Comm. zum sächs. bürg. Ges. Bd. I S. 93 bemerkt ausdrücklich, daß man unter § 52 des sächs. bürg. Ges. auch die Kirchengemeinde habe fassen wollen. Römer, Manuskr. des württ. Priv.-R. § 37 a. A. Vergl. auch Plenarurtheil des O.G.H. in Bayern. E. d. O.G.H. Bd. III S. 497 ff., namentlich S. 502. Die Pfarrei oder Pfarrpfründe ist ein von der Kirchengemeinde verschiedenes Rechtssubjekt und fällt nicht unter § 19.

[5]) Das ist bis jetzt in Preußen und Baden der Fall.

[6]) Nidermaier, Gestaltung der rechtlichen Verh. der kathol. Kirchengesellsch. in Bayern, namentlich S. 109, IV.

Die Deutschkatholiken sind in Sachsen rechtlich anerkannte christliche Confessionsgemeinschaft.[7])

In Württemberg ist die Bildung religiöser Vereine außer der vom Staate anerkannten katholischen, protestantischen Kirche und jüdischen Religionsgemeinschaft von einer staatlichen Genehmigung abhängig.[8])

„Korporationen". Das sind alle diejenigen Personenvereine, welchen entweder ausdrücklich Korporationsrechte ertheilt worden sind, als auch diejenigen, welche weder öffentliche Korporationen sind, noch als Handelsgesellschaften im Sinne des Handelsgesetzbuchs, noch als Erwerbs- und Wirthschaftsgesellschaften betrachtet werden können, auch sonst nicht auf Erwerb, Gewinn oder eigentlichen Geschäftsbetrieb abzielen. (Anerkannte Vereine).[9])

Zu den Korporationen rechnet man auch öfter die genehmigten Privatkirchengesellschaften. In Bayern werden die jüdischen Glaubensgenossen eines Orts diesen beigezählt. Als solche kann die „Judenschaft", wie sie ein Kirchenvermögen besitzen darf, das Subjekt von Rechtsverbindlichkeiten werden und findet gegen sie als Inbegriff aller Mitglieder hinsichtlich der von der Gesellschaft übernommenen Verbindlichkeiten Klage statt.[10])

In Sachsen werden durch § 51 des bürgerlichen Gesetzbuchs die staatsbürgerlichen Rechte der Judenschaft eines Ortes nicht berührt,[11]) sie ist in Beziehung auf den Gerichtsstand als Per-

---

[7]) Sächs. Ges. v. 2. Nov. 1848 und Statuten der Deutschkath. vom 21. Febr. 1849 und 17. Sept. 1859. Die Verfassungsurkunde vom 4. Sept. 1831 garantirt den in Sachsen aufgenommenen „christlichen Kirchengesellschaften", wozu die lutherische, römisch-katholische, reformirte und griechisch-katholische gehören, gleiche politische und bürgerliche Rechte.

[8]) Württemb. Ges. vom 9. April 1872, die religiösen Dissidentenvereine betr., Art. 1.

[9]) Bayer. Ges. vom 29. April 1869, die privatrechtl. Stellung von Vereinen betr., Art. 1. Sächs. Ges. vom 15. Juni 1868 über die jurist. Pers. §§ 1. 6. In Württemberg gibt es keine gesetzliche Bestimmung über die privatrechtliche Stellung von Vereinen. Lang, a. a. O. § 34.

[10]) Bl. f. R.A. Bd. XVIII S. 362.

[11]) Siebenhaar, Comm. z. sächs. bürg. Ges. Bd. I S. 90—92.

sonenverein nach § 52 des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs zu beurtheilen.

In Württemberg gilt bezüglich der Juden das für Bildung religiöser Vereine Bemerkte.

„Gesellschaften". Außer den nach den Bestimmungen der societas, wie sich dieselben partikularrechtlich gebildet haben, zu beurtheilenden Gesellschaften, gehören hieher die offenen Handelsgesellschaften, die Commanditgesellschaften, die Commanditgesellschaften auf Aktien, Aktiengesellschaften,[12]) Aktiengesellschaften, deren Unternehmen nicht in Handelsgeschäften besteht.

„Genossenschaften". Das sind die im Reichsgesetze vom 4. Juli 1868 und im bayerischen Gesetze vom 29. April 1869 über Erwerb- und Wirthschaftsgenossenschaften aufgeführten und dergleichen.[13])

„Andere Personenvereine" sind im Gegensatze von Gesellschaften und Genossenschaften genannt, um auszudrücken, daß auch andere als diese, namentlich die in den genannten Gesetzen mit dem Ausdrucke „Genossenschaft" bezeichneten Personenvereine unter den § fallen, auch wenn ihr Zweck von dem der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft total verschieden ist, wie der von Turn- und Gesangvereinen, Vereinen zu Vergnügen, zu wissenschaftlichen Vorträgen und dergleichen, die nicht als anerkannte Vereine zu den Korporationen gehören, und als Gesammtheit verklagt werden können.[14])

---

[12]) Die in den Art. 111, 164, 123 des A.D.H.G. enthaltenen Bestimmungen würden, auch wenn sie mit § 19 nicht übereinstimmten, als reichsgesetzliche durch § 19 nicht alterirt werden.

[13]) Reichsgesetz vom 4. Juli 1868 §§ 1. 11. Bayer. Ges. v. 29. April 1869 Art. 1. 11.

[14]) In § 71 des Reichsges. vom 4. Juli 1868 über die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften liegt nicht die Bestimmung, daß nach gemeinem Recht nicht eingetragene Genossenschaften rechtlich gar nicht existiren. Sie können nach gemeinem Rechte als Gesammtheit unter dem Genossenschaftsnamen ohne Nennung der einzelnen Mitglieder durch ihr statutenmäßiges Organ, sofern dies durch die Statuten zur Vertretung vor Gericht berechtigt ist, vor Gericht auftreten. Seuffert, Archiv Bd. XXVI Nr. 19. Vergl. auch Bd. XXIII Nr. 206, XXV Nr. 199.

Hievon allein hängt die Zuständigkeit des Gerichts nach § 19 ab und in wie fern sie verklagt werden können, bestimmt das Civilrecht (§ 50). Können sie nicht als Gesammtheit verklagt werden, so erübrigt nur, sie als Streitgenossen (§§ 56, 57) zu belangen. Dann ist aber eben nicht § 19 für die Zuständigkeit maßgebend, sondern, wenn sie einen verschiedenen allgemeinen Gerichtsstand haben und für die anzustellende Klage ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht besteht, der nach § 36 Nr. 3 zu bestimmende.

„Stiftungen". Stiftung ist ein Vermögensinbegriff und als solcher zugleich eine Vermögensmasse, die der § neben den Stiftungen anführt — von der Vermögensmasse aber dadurch unterschieden, daß erstere durch eine rechtswirksame Disposition so selbstständig gestellt ist, daß erstere für einen bestimmten Zweck verwaltet wird.[15]) Stiftungen im Sinne des § 19 sind nicht blos Kirchenstiftungen. Stiftungen bedürfen zu ihrer Existenz als juristische Person in Preußen, Bayern und Sachsen der staatlichen Genehmigung.[16]) Auch in Württemberg ist dies der Fall,[17]) ob auch schon durch letzten Willen Stiftungen errichtet werden können, ist bestritten.[18])

„Anstalten" können neben den Stiftungen nur Privatanstalten sein, wie Heilanstalten, Badetablissements u. dgl.

---

[15]) Roth im J. f. Dogm. Bd. I S. 119 ff.

[16]) Preuß. L.R. Th. II Tit. 19 § 42. Bl. f. R.A. Bd XI S. 186. Gemeinde-Ordn. Art. 69. Roth, bayer. Civ.-R. Bd. I S. 272. Sächs. bürg. G. § 52 und sächs. Ges. vom 15. Juni 1868 § 6. In Sachsen muß übrigens die Genehmigung keine ausdrückliche sein, es genügt, wenn die Stiftung zu dauernden mildthätigen, kirchlichen oder gemeinnützigen Zwecken selbstständig errichtet wurde, eine Genehmigung durch konkludante Handlungen des Ministeriums. Schmidt, V.O.C. Bd. I S. 68; Siebenhaar, Comm. z. bürg. Ges. für Sachsen Bd. I S. 95.

[17]) Lang, Handb. des Württemb. Pers. Fam. u. Vorm. R. Pr. § 35, II behauptet dies auf Grund des gemeinen Rechts.

[18]) Römer, Manuskr. d. Württ. Pr.R. § 38 spricht sich dafür aus auf Grund eines württemb. Gewohnheitsrechts, welches mittelbar durch Württ. L.R. Th. III Tit. VI § 1 bestätigt wird.

„Vermögensmassen“ sind im Gegensatze zu Stiftungen diejenigen Vermögensinbegriffe, die nicht einem bestimmten Zweck dienen, wie die Konkursmasse, die hereditas jacens.

„welche als solche verklagt werden können“ bezieht sich selbstverständlich nicht auf Gemeinden und Korporationen, sondern auf den weiteren Inhalt des Abs. 1 des §, also auf Vereine rc., deren Verhältnisse nach dem allgemeinen Civilrecht oder besonderen Gesetzen regulirt werden. Der § wollte an der civilrechtlichen Bestimmung über solche Institute nichts ändern, er setzt voraus, daß die genannten Vereine und Vermögensmassen als Rechtssubjekt betrachtet und vor Gericht belangt werden können und läßt demgemäß die Frage, ob zur Qualität einer juristischen Person Anerkennung als solcher durch die Organe der Staatsregierung erfordert wird, unerörtert.

Zu den juristischen Personen gehören unter Andern die Reichsbank[19]), die eingeschriebenen Hülfskassen,[20]) die k. bayerische Bank zu Nürnberg, die Hypotheken- und Wechselbank zu München, die vor Einführung der Gewerbeordnung schon gesetzlich bestandenen Innungen, sowie die neu errichteten, welche durch Bestätigung ihrer Statuten die Rechte einer Korporation erhalten.[21])

Unberührt bleibt durch § 19 die Bestimmung der Art. 144 Abs. 2, 172, 244 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, wonach für die aufgelöste offene Handelsgesellschaft, dann Commanditgesellschaft und Aktiengesellschaft bis zur Beendigung der Liquidation der Gerichtsstand der Gesellschaft fortbesteht, der Art. 247 Ziff. 2 desselben Gesetzes, wonach bei Vereinigung einer Aktiengesellschaft mit einer andern der Gerichtsstand der aufgelösten Aktiengesellschaft für die Dauer der getrennten Vermögensverwaltung fortbesteht, dann § 49 Abs. 2 des Gesetzes vom 4. Juli 1868 über Erwerb- und Wirthschaftsgenossenschaften, endlich bestimmt § 15 Ziff. 2 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung:

---

[19]) Reichsgesſ. vom 14. März 1875 § 12.

[20]) Reichsgesſ. vom 7. April 1876 über die eingeschriebenen Hülfsk. § 5.

[21]) Reichsgesſ. vom 21. Juni 1869, die Gewerbe-Ordn. betr., §§ 81, 97.

„Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Fortdauer des Gerichtsstands einer Gesellschaft, einer Genossenschaft oder eines Vereines nach Auflösung desselben."

In den Motiven hiezu wird bemerkt: „In Bayern bestimmt sich zur Zeit die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossen sowie der Vereine nach dem Gesetze vom 29. April 1869, das Bundesgesetz vom 4. Juli 1868 ist bisher nicht zur Einführung gelangt.[22]) In jenen Partikulargesetzen sind insbesondere über die Fortdauer des Gerichtsstandes einer Gesellschaft, einer Genossenschaft oder eines Vereins nach Auflösung derselben besondere Bestimmungen getroffen — Art. 49 Abs. 1, bezw. Art. 30 Abs. 1 (vergl. Bundesges. vom 4. Juli 1868 § 49 Abs. 2). Da dieselben durch § 19 der Civilprozeßordnung weder gedeckt noch ersetzt werden, bei ihrer Beseitigung aber anderweitige Vorschriften in dieser Richtung für Bayern fehlen würden, mußte zu Gunsten der landesgesetzlichen Vorschriften der nöthige Vorbehalt, wie geschehen, aufgenommen werden." — Nach der Einführung des Reichsgesetzes vom 4. Juli 1868 blieb diese Bestimmung für das bayerische Gesetz, die privatrechtliche Stellung der Vereine betr., immer noch nothwendig.

„Als Sitz gilt — der Ort, wo die Verwaltung geführt wird". Sitz und Verwaltung müssen nicht an ein und demselben Orte sein und wenn eine Gesellschaft in ihren Statuten die Bestimmung aufnimmt, daß sie in A. ihren Sitz, in B. ihre Verwaltung habe, so ist ihr Gerichtsstand bei den Gerichten in A. Es kann aber eine Gesellschaft oder ein Verein weder einen Sitz noch eine Verwaltung an einem bestimmten Orte haben, wenn z. B. bei Wandergesellschaften alle Jahr ein anderer Ort für den Zusammentritt der Gesellschaft bestimmt und die Rechnungsführung und Verwaltung jedes Jahr von einem andern Mitgliede übernommen wird. Hier wechselt der Gerichtsstand der Gesellschaft mit jedem Jahre, vorausgesetzt natürlich, daß sie nach Landesrecht als „Gesellschaft" verklagt werden kann.

---

[22]) Das war bei Uebergabe des Entwurfs des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung allerdings schon geschehen.

„wenn nicht ein anderes erhellt". Dieser bei Berathung des norddeutschen Entwurfs als undeutlich bezeichnete Passus wurde beibehalten, weil dadurch nur die Berücksichtigung thatsächlich abweichender Verhältnisse offen gelassen werde.[23])

„Gewerkschaften" gehören in Bayern, Sachsen und Württemberg zu den juristischen Personen.[24]) In den Motiven zu § 19 ist bemerkt, daß die Vorschrift desselben über den Gerichtsstand der Gewerkschaften dem § 96 des preuß. Gesetzes vom 24. Juni 1865 entnommen sei.[25]) Das ist nicht ganz richtig. § 96 l. c. bestimmt als Gerichtsstand der Gewerkschaft den Ort ihres Sitzes.

„Behörden, wenn sie als solche verklagt werden können". In wie weit Behörden juristische Persönlichkeit zukommt, ist lediglich nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes zu beurtheilen.[26]) Behörden ist hier der allgemeine Begriff für Administrativbehörden, Gerichte, Communalverwaltungen, Finanzstellen u. a. m. Behörden als solche können nach der Erklärung des Vertreters des Bundesraths v. Amsberg bei der Berathung des § in der Justizkommission des Reichstags, in einzelnen Bundesstaaten, z. B. in Mecklenburg, verklagt werden.[27])

„ist ein durch Statut oder in anderer Weise geregelter Gerichtsstand zulässig". Im Entwurf war bestimmt: „Die Be-

---

[23]) Prot. zum nordd. E. S. 218.

[24]) Bayerisches Bergges. Art. 89. Sächs. Bergges. v. 16. Juni 1868 §§ 9 ff. Württemb. Bergges. v. 7. Okt. 1874 Art. 88. Für die Verbindlichkeit der Gewerkschaft haftet das Vermögen derselben.

[25]) Das bayer. Berggesetz bestimmt in Art. 104 Abs. 1 und Art. 118 Abs. 3 als das zuständige Gericht das Bezirksgericht, in dessen Bezirk das Bergwerk liegt. An dessen Stelle tritt nunmehr, je nach dem Klagsanspruch, das Amts- oder Landgericht.

[26]) So sagt richtig Siebenhaar im Comm. z. sächs. bürgerl. Ges. Bd. I S. 95. Daß Behörden nicht juristische Personen im privatrechtlichen Sinne und nicht Partei sein können, wie Osterloh, der ord. bürg. Proz. in Sachsen Bd. I S. 300 Anm. 35 anführt, ist nicht für ganz Deutschland zutreffend. Vergl. auch Seuffert, Arch. Bd. XXII No. 211.

[27]) Prot. d. J.K. S. 8. Vergl. auch oben S. 6 Anm. 1 und Prot. z. nordd. E. S. 28. Hier wird bemerkt, daß Behörden als solche auch nach dem Rechte der Hansestädte verklagt werden könnten.

stimmungen dieses Paragraphen kommen nicht zur Anwendung, wenn der Gerichtsstand durch Statut oder in anderer Weise geregelt ist". Die nunmehrige Fassung wurde durch die Justizkommission des Reichstags beantragt, um unter Beseitigung der Ausschließlichkeit bei durch Statut bestimmten Gerichtsstand zu ermöglichen, für ausländische Versicherungsgesellschaften mittelst der Conzessionsurkunde einen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande zu schaffen.[28])

Diese Gesellschaften können hiernach in ihren Statuten bestimmen, daß sie in allen Streitigkeiten gegen sie aus dem Versicherungsvertrage sich vor dem Gerichte eines bestimmten Orts belangen lassen, ja es können sogar verschiedene derartige Gerichtsstände bestimmt werden, nur darf durch solche Bestimmungen der allgemeine Gerichtsstand nicht ausgeschlossen werden. So weit es sich um vermögensrechtliche Ansprüche gegen solche Gesellschaften handelt, was in der Regel der Fall sein wird, war diese Bestimmung des § überflüssig, denn in der That liegt hier eine Prorogation des Gerichtsstandes vor,[29]) dem sich unterwirft, wer der Gesellschaft beitritt, da der Beitritt nur unter Anerkennung der Statuten erfolgen kann.

„in anderer Weise". Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs war beantragt worden, vor „Weise" einzuschalten „gesetzlicher", der Antrag wurde aber abgelehnt, weil als selbstverständlich galt, daß unter „besonders geregelt" nur eine nach Außen hin gültige Regelung zu verstehen sei.[30])

Der Gerichtsstand hört, abgesehen von den reichsrechtlichen Bestimmungen und § 15 Ziff. 2 des E.G.G. zur C.P.O. auf, sobald eine Gemeinde u. s. w. aufgehört hat zu existiren.[31])

---

[28]) Prot. d. J.K. S. 8.

[29]) Vergl. § 38—40.

[30]) Prot. d. nordd. E. S. 210.

[31]) A. M. Puchelt, C.P.O. zu § 19 Bemerk. 5 u. zu § 23 Bem. 3, weil in den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs u. Reichsgenossenschaftsgesetzes ein allgemeines Prinzip gefunden werden müsse. Das läßt sich bestreiten. Diese Reichsgesetze können und wollten auf die nach Landesgesetzen so verschiedenartig gestalteten Gemeinden, Stiftungen u. s. w. keinen Einfluß äußern.

Daß Klagen der Mitglieder einer Gesellschaft gegen einander bei dem Gerichtsstande des § 19 unter bestimmten Voraussetzungen erhoben werden können, ist in § 23 ausgesprochen.

Hier ist auch noch der § 4 des Einführungsgesetzes zur C.P.O. zu erwähnen. Derselbe lautet:

„Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, für welche nach dem Gegenstand oder der Art des Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist, darf aus dem Grunde, weil als Partei der Fiskus, eine Gemeinde, oder eine andere öffentliche Korporation betheiligt ist, der Rechtsweg durch die Landesgesetzgebung nicht ausgeschlossen werden.“

Derselbe bezieht sich nur auf einen Privatrechtstitel. Die Unklarheit des § wurde selbst von der Justizkommission anerkannt. Lasker definirte seinen Grundgedanken dahin: Wenn objektive Geschäfte und Rechtsverhältnisse, welche solche Gegenstände betreffen, die ihrer Natur nach überhaupt Gegenstand eines Civilprozesses sein können, allgemein und ohne Beschränkung der Landesgesetze dem Rechtsweg unterliegen, sollen sie nicht ausgeschlossen werden können, so weit die Ausnahmsgesetze auf der Erwägung beruhen, daß der Fiskus, beziehentlich die Gemeinde betheiligt sei.[32])

§ 20.

Der allgemeine Gerichtsstand des Fiskus wird durch den Sitz der Behörde bestimmt, welche berufen ist, den Fiskus in dem Rechtsstreite zu vertreten.

„des Fiskus“. Unter Fiskus wird hier der Staat in seiner vermögensrechtlichen Qualität, nicht in seiner staatsrechtlichen verstanden. In dieser Beziehung hat aber auch der Reichsfiskus sich dem § unterzuordnen. In den Motiven wird bemerkt: „Eine Anwendung dieses Grundsatzes (§ 20) enthalten z. B. das Gesetz betr. die Pensionirung und Versorgung der Militärpersonen des

---

[32]) Prot. der 173. Sitzung der J.K. S. 23–24.

Reichsheeres u. s. w. vom 27. Juni 1871 § 116[1]) wegen der Klagen aus Rechtsansprüchen auf Pensionen, Beihülfe und Bewilligungen; das Reichsgesetz vom 28. Oktober 1871 § 13[2]) in Betreff der Entschädigungsklagen wider den Reichspostfiskus und das Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 § 151[3]) rücksichtlich der gegen den Reichsfiskus zu richtenden Klagen.

Zum Ueberflusse wurde bei den Verhandlungen der Justizkommission des Reichstags der allgemeine Gerichtsstand des Reichsfiskus nach § 20 allseitig ausdrücklich anerkannt.[4]) So weit nicht Spezialbestimmungen bestehen, muß der Reichsfiskus am Sitze der obersten Reichsbehörden, also in Berlin, belangt werden.[5])

„welche berufen ist, den Fiskus in dem Rechtsstreite zu vertreten.“[6]) Die Behörden zur Vertretung des Reichsfiskus bestimmt das Reichsrecht. Beispiele geben die Anmerkungen 1—3.

Zu bestimmen, welche Behörde in den einzelnen Fällen den Fiskus der Bundesstaaten zu vertreten hat, wird also den Staats-

---

[1]) Derselbe lautet: „In Ermangelung von anderen Bestimmungen wird der Militärfiskus durch die oberste Militärverwaltungsbehörde, der Marinefiskus durch das Marineministerium vertreten und ist die Klage bei dem Gerichte anzubringen, in dessen Bezirk die betreffende Behörde ihren Sitz hat.“

[2]) Er bestimmt: „Der Anspruch auf Schadloshaltung gegen die Postverwaltung muß in allen Fällen gegen die Oberpostdirektion beziehungsweise gegen die mit deren Funktion beauftragte Postbehörde gerichtet werden, in deren Bezirk der Ort der Einlieferung der Sendung oder der Ort der Einschreibung des Reisenden liegt“ — der Kläger hat also hier zwischen zwei Gerichtsständen die Wahl (§ 22).

[3]) Derselbe bemerkt: „Der Reichsfiskus wird durch die höhere Reichsbehörde, unter welcher der Reichsbeamte steht oder gestanden hat, oder, falls er direkt unter der obersten Reichsbehörde steht oder gestanden hat, durch die oberste Reichsbehörde vertreten.

Die Klage ist bei demjenigen Gerichte anzubringen, in dessen Bezirk die betreffende Behörde ihren Sitz hat.“

[4]) Prot. d. J.K. S. 9.

[5]) Diese Ansicht äußerte bei der Berathung der Vertreter des Bundesraths v. Amsberg, worauf erwidert wurde, die Sache sei unklar und durch ein Gesetz zu regeln. Prot. d. J.K. S. 507.

[6]) D. h. die Behörde darf nicht „als solche“ belangt sein, denn dann tritt der Gerichtsstand des § 19 ein.

regierungen derselben überlassen. Wo deßfallsige Bestimmungen bestehen, werden sie durch § 20 nicht alterirt.[7])

In Bayern wird der Fiskus durch die Regierungen, Kammer der Finanzen, in den 8 Provinzen in der Art vertreten, daß bei jeder Finanzkammer ein eigenes Fiskalat besteht. Klagen gegen den Fiskus sind demnach, sofern nicht Ausnahmen bestehen, bei den Gerichten des Orts anzubringen, an welchem die Kreisregierung ihren Sitz hat.[8]) Außerdem sind verschiedene Stellen zur Vertretung des Fiskus in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten bestimmt, wenn ihnen die Verwaltung des Finanzvermögens zusteht, welches durch die Klage betroffen wird. Das sind:

1) die Generalbergwerks- und Salinenadministration;
2) das Hauptmünzamt;
3) die Staatsschuldentilgungsanstalt;
4) die Generaldirektion der Verkehrsanstalten, worunter die Post, die Staatseisenbahnen mit dem Eisenbahnbau, die Telegraphenanstalt, Dampfschifffahrt auf dem Bodensee und der Donau-Main-Kanal zu subsumiren ist;
5) die Generalzolladministration;
6) das Kriegsministerium.[9])

Die Berechtigung des Fiskus, sich durch eigene Fiskale im Prozesse vertreten lassen zu dürfen, ist für den Anwaltsprozeß aufgehoben (§§ 74, 75).

In Sachsen vertritt überall das Finanzministerium den Fiskus, welches für alle Rechtsstreitigkeiten einen Aktor zu bestellen hatte.[10])

---

[7]) Selbstverständlich können die Landesregierungen aber andere Bestimmungen treffen.

[8]) Verordn. vom 17. Dez. 1825 §§ 87—121 über die Formation der Kreisregierungen.

[9]) Edel, Komment. z. G.B.G. v. 10. Nov. 1861. 2. Aufl. S. 231 ff. Zur Zeit haben diese verschiedenen Stellen ihren Sitz in München, also ist auch bei den dortigen Amts- oder Landgerichten zu klagen.

[10]) Osterloh, der ord. bürg. Proz. in Sachsen Bd. I S. 300. So lange nicht besondere Verordnungen erlassen werden, sind alle Klagen gegen den Fiskus bei den Gerichten in Dresden anzubringen.

In Württemberg ist wie in Bayern die Vertretung des Fiskus getheilt. Derselbe wird vertreten

1) durch die Domänendirektion;
2) die Forstdirektion;
3) den Bergrath;
4) die Centralbehörde für die Verkehrsanstalten
   a. Eisenbahnbaukommission,
   b. Eisenbahndirektion,
   c. Postdirektion,
   d. Telegraphendirektion.

Weiter sind die aus der Kreiskasseverwaltung entstehenden Streitigkeiten von der Kriegsministerialkasse und die aus der Verwaltung des Straßen- und Wasserbauwesens erwachsenden Streitigkeiten von der für jenes Bauwesen beim Ministerium des Innern bestehenden Abtheilung zu vertreten. In allen übrigen nicht zum Ressort der genannten Stellen gehörigen Rechtsstreitigkeiten vertritt die Staatskasseverwaltung den Fiskus.[11])

Durch den Umstand, daß für den Fiskus ein allgemeiner Gerichtsstand geschaffen wurde, wird nicht ausgeschlossen, daß er sich der Gerichtsbarkeit der Spezialfora zu unterwerfen habe. Es wurde dies bei Berathung des § ausdrücklich anerkannt.[12]) Der Kläger hat in allen solchen Fällen die Wahl, wo er klagen will.[13]) Wird aber eine Klage auf Grund des § 22 bei dem Gerichte am Sitze einer Eisenbahnstation erhoben, so ist nicht diese zu belangen, sondern die Klage ist immer gegen die betreffende Abtheilung des Fiskus zu richten (Fiskus vertreten durch die Generaldirektion der Verkehrsanstalten, durch die Eisenbahnbau-

---

[11]) Verordn. v. 21. November 1849, 8. November 1858, 18. Juli 1851, 31. März 1870.

[12]) Prot. d. J.K. S. 10. Bes. Begr. d. E. zu § 27. Hier wird auf die Zuständigkeit des dinglichen Gerichtsstandes bei Klagen gegen den Fiskus wegen Beschränkung des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen (§ 42 des Reichsges. v. 21. 1871) hingewiesen.

[13]) Vorausgesetzt, daß nicht ein ausschließlicher Gerichtsstand für die Klage besteht.

kommission u. dergl.)[14] Die Klagen gegen den Fiskus sind dadurch nicht beschränkt, weil gerade der Fiskus der Beklagte ist.[15]) Durch diese Bestimmung wurde aber § 29 der IX. Beilage zur bayerischen Verfassungsurkunde, wornach bei Rechtsstreitigkeiten auf Grund des Edikts über die Staatsdiener vor Betretung des Rechtswegs die Beschwerde bei der einschlägigen Administrativbehörde zu erheben ist, nicht aufgehoben. Die Betretung des Rechtswegs ist dadurch nicht ausgeschlossen.

§ 21.

Wenn Personen an einem Orte unter Verhältnissen, welche ihrer Natur nach auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen, insbesondere als Dienstboten, Hand- und Fabrikarbeiter, Gewerbegehülfen, Studirende, Schüler oder Lehrlinge sich aufhalten, so ist das Gericht des Aufenthalts für alle Klagen zuständig, welche gegen diese Personen wegen vermögenslicher Ansprüche erhoben werden.

Diese Bestimmung findet auf Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder welche selbstständig einen Wohnsitz nicht begründen können, in der Art Anwendung, daß an die Stelle des Gerichts des Aufenthaltsorts das Gericht des Garnisonorts tritt.

Der §, der in Absatz 1 sich schon im Nürnberger Entwurf eines Rechtshülfgesetzes vorfindet, statuirt hier für bestimmte Rechtsangelegenheiten einen besonderen Gerichtsstand, den des längern Aufenthalts gegenüber dem des kürzern Aufenthalts (§ 18) und des Wohnsitzes. Erste Voraussetzung des § 21 ist aber, wie schon zu § 18 erwähnt, daß der Beklagte einen Wohnsitz im In- oder Auslande hat, wenn auch dieser Voraussetzung weder im Gesetze noch in den Motiven hiezu noch besonders erwähnt wird. Ohne diese Voraussetzung tritt § 18 ein, es kommt

---

[14]) Vergl. auch § 22.

[15]) Vergl. § 19 a. E.

dann auf die längere oder kürzere Dauer und auf den Grund der Klage nicht an.

„Wenn Personen". Der preußische Entwurf von 1864 hatte in § 16 die Unterscheidung getroffen, „wenn selbstständige oder unselbstständige Personen". Auch § 21 umfaßt beide,[1]) aber eine Unterscheidung ist nicht nothwendig, beide gehören zu den „Personen". Daß unter Personen auch Militärpersonen zu verstehen sind, geht abgesehen davon, daß das Gesetz eine Unterscheidung nicht trifft, klar aus Abs. 2 des § hervor, da dort diejenigen Militärpersonen genannt sind, auf die Abs. 1 nicht die volle Anwendung findet. Großjährige Offiziere, welche sich zu ihrer Ausbildung auf der Kriegsakademie zu München befinden, unterliegen dem Gerichtsstande des § 21 Abs. 1, aber nicht Unteroffiziere, die vor vollendeter Dienstzeit in der Kriegsschule aufgenommen wurden.

„einen Aufenthalt von längerer Dauer". Nach französischem Rechte kann hier der Gerichtsstand des Aufenthalts mit dem Gerichtsstande des Wohnsitzes zusammenfallen.[2])

Die Feststellung, daß ein Aufenthalt von längerer Dauer vorhanden, ist zwar thatsächlicher Natur, weßhalb sich nur Anleitungen für diese Feststellung geben lassen, sie gehört aber zur Begründung der Zuständigkeit und ein Urtheil, welches bei Beanstandung die thatsächliche Feststellung unterläßt, kann wegen Verletzung des § 21 mit der Revision angefochten werden (§ 512).

„insbesondere" deutet an, daß die aufgeführten Personen nur als Beispiel dienen sollen, d. h. es sind Personen genannt, die in der Regel sich nach ihrem Stand oder Gewerbe[3]) längere Zeit an einem Orte aufhalten; solche Verhältnisse selbst als Beispiel anzugeben, hat der § unterlassen.

---

[1]) Für solche, die nicht legitimam standi in judicio haben, kann im Nothfalle von dem Gerichtsvorstande ein Litiskurator aufgestellt werden, § 55 Abs. 2.

[2]) § 13 S. 121.

[3]) Bezüglich der Gewerbegehülfen, Fabrikarbeiter, Lehrlinge vergleiche S. 20.

Als ein solches Verhältniß erscheint die Detention am Straforte von längerer, aber nicht lebenslänglicher Dauer,[4]) ferner gehören hieher Bauunternehmungen, durch die ein längerer Aufenthalt des Bauführers bedingt ist,[5]) Pachtungen von Gütern, auf denen sich der Pächter aufhält,[6]) ohne dort sein Domizil zu haben,[7]) Engagements als Rechtskonzipient bei einem Anwalte, von Schauspielern, Anstellungen als nicht ständige Funktionäre, als Handlungskommis u. dgl.[8])

Auch der Gebrauch einer Kur in Bädern oder einer Heilanstalt wird hieher zu rechnen sein, wenn von vornherein deßhalb ein Aufenthalt von längerer Dauer am Kurort zu erwarten ist.

Dagegen ist es wieder ohne Einfluß, wenn der Aufenthalt unterbrochen wird, wie bei den Studirenden durch die Ferien.[9])

Nicht unter den § sind zu subsumiren Personen, die sich ohne bestimmten Zweck nur zu ihrem Vergnügen an einem bestimmten Orte aufhalten[10]) und diesen jeden Augenblick wieder verlassen können. Das Gesetz verlangt einen beabsichtigten und gebotenen Aufenthalt und Verhältnisse, die ihrer Natur nach auf einen längeren Aufenthalt hinweisen.

---

[4]) Osterloh, bürg. Proz. in Sachsen Bd. I S. 226 u. Anm. 11, vergl. auch oben S. 121.

[5]) E. d. O.H.G. Bd. I S. 18.

[6]) Hier handelt es sich um vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Pächter, im § 22 um Ansprüche wegen Bewirthschaftung des Guts.

[7]) Vergl. § 22 Anm. 10. — Auch Pächter von realen Gewerben stehen unter dem gleichen Verhältnisse, wie Pächter eines Guts.

[8]) § 4 Abs. 3 des Ges. vom 21. Juni 1869, Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes betr., nimmt ein solches Verhältniß als dauernd an, wenn es für ein Jahr oder wenn vierteljährige Kündigung festgesetzt ist. Die Analogie ist unzulässig.

[9]) Prot. zum Nürnb. Entw. S. 46, vergl. auch Prot. z. hann. Entw. S. 528 ff. Der hann. Entw. hat übrigens eine dem § 21 gleiche Bestimmung nicht aufgenommen. Anders verhält es sich bei Anwendung des 18. Vergl. S. 136 a. E.

[10]) Hieher gehören die s. g. Sommerfrischler.

Unbezweifelt gehören unter die in § 21 genannten Personen geschiedene Ehefrauen oder solche, deren Ehemänner keinen Wohnsitz haben, wenn sie an einem Orte längere Zeit als Taglöhnerinnen, Dienstboten oder in ähnlicher Eigenschaft entfernt von ihrem Wohnsitze sich aufhalten. Aber auch die in häuslicher Gemeinschaft mit dem Ehemann lebende Ehefrau gehört hieher, wenn sie aus Noth oder andern gesetzlich nicht verbotenen Gründen ihr Domizil verlassen und an einem andern Ort ständige Arbeit gesucht hat, desgleichen die Handelsfrau und die Gewerbefrau, wenn sie an einem andern Orte als dem Wohnsitze ihres Ehemannes ihr Geschäft betreiben. Das Gesetz hat in § 21 einen selbstständigen Gerichtsstand ohne Rücksicht auf das Domizil und ohne Rücksicht auf die Personen, die nur ein abgeleitetes Domizil haben, geschaffen.[11]) Der Gerichtsstand existirt daher auch für Kinder, die nach § 17 Abs. 2 nur ein abgeleitetes Domizil haben.

Der Gerichtsstand besteht, so lange überhaupt Verhältnisse bestehen, die einen Aufenthalt von längerer Dauer voraussetzen. Fällt diese Voraussetzung weg, muß auch der Gerichtsstand aufhören. Für den Studirenden, der in einigen Tagen sein Examen macht, bestehen keine Verhältnisse, die die Annahme rechtfertigen, sein Aufenthalt werde noch von längerer Dauer sein. Dasselbe ist bei einem Funktionär der Fall, wenn die Funktion nahezu beendigt ist und eine Erweiterung der Funktionszeit gar nicht in Aussicht steht. In solchen und ähnlichen Fällen muß der Gerichtsstand als erloschen betrachtet werden, trotz des noch bestehenden Aufenthalts des Beklagten am bisherigen Aufenthaltsorte und der Richter muß, wenn zur Bekämpfung der Zuständigkeit auf solche Umstände hingewiesen wird, diese berücksichtigen.

„wegen vermögensrechtlicher Ansprüche". Hierüber vergleiche oben S. 12. Man war bei Berathung des gleichen § 53 des

[11]) Mit Unrecht behauptet Uebel, Comm. d. C.P.O. Bemerk. 7 zu § 21, daß nach Code civil Art. 215 Ehemänner bei der Klage mit vorgeladen werden müßten, wenn das Judikat gegen sie wirken solle. Gerade Art. 215 l. c. wird durch die C.P.O. aufgehoben. Bes. Begr. d. E. zu § 50—55 Abs. 11. Vergl. auch die Bemerkungen zu § 51 über die Prozeßfähigkeit der Ehefrauen und Anm. 23 daselbst.

norddeutschen Entwurfs einig, daß solche Klagen, bei welchen ein anderes persönliches Interesse nur als Incidentpunkt in Frage kommt, nicht ausgeschlossen sei.[12])

Die Motive zu § 21 bemerken, „daß der Grund desselben in der Kabinetsordre vom 4. Juli 1832 liege, wornach Personen der in § 21 bezeichneten Art in Injurien-, Alimenten- und Entschädigungsprozessen, sowie in allen Rechtsstreitigkeiten, welche aus ihren Dienst-, Erwerbs- und Kontraktverhältnissen entspringen, dem persönlichen Gerichtsstande ihres Aufenthaltsortes unterworfen sein sollen". Wie diese Kabinetsordre, soll will auch der § nur vermögensrechtliche Ansprüche am Gerichte des Aufenthalts verfolgen lassen, soferne nicht für einzelne Klagen ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht, ohne Rücksicht, ob der Grund zur Klage erst während des Aufenthalts des Beklagten am Orte des Gerichts oder schon vor diesem entstanden ist. Dagegen sind alle Klagen, welche keinen vermögensrechtlichen Anspruch verfolgen, ausgeschlossen.[13]) Hier bleibt das Gericht des Domizils das zuständige. Dasselbe wird man aber dann nicht annehmen dürfen, wenn den Klagen solche vermögensrechtliche Ansprüche zu Grunde liegen, für welche der Beklagte nicht direkt,[14]) sondern nur als Rechtsnachfolger eines Andern haftet. Für diese Ansicht spricht der Wortlaut des Gesetzes und die allgemeine Rechtsregel ubi lex non destinquit nec nostrum est distinquere, der Gleichlaut des § 53 des norddeutschen Entwurfs, der in Uebereinstimmung mit den Motiven zu § 21 ein Quasidomicil schaffen wollte,[15]) der Umstand, daß die Motive zu § 21 sich nur auf die Kabinetsordre vom 4. Juli 1832, die alle vermögensrechtliche Ansprüche ohne Unterschied begreift und nicht auf das dasselbe beschränkende Re-

---

[12]) Prot. z. nordd. E. S. 41. Hiernach widerlegt sich die entgegenstehende Ansicht in Puchelt, C.P.O. zu § 21 Nr. 5. § 467, auf den er sich bezieht, bietet keine Analogie, denn es handelt sich um den Gerichtsstand, nicht, ob das Amts- oder Landgericht zuständig ist.

[13]) Bes. Begr. d. E. zu § 21.

[14]) D. h. auch nicht aus Handlungen seines Bevollmächtigten oder gesetzlichen Vertreters.

[15]) Prot. z. nordd. E. S. 41.

skript vom 11. Oktober 1843 beziehen, endlich, daß die Civilprozeßordnung an anderen Orten, da wo sie von „vermögensrechtlichen Ansprüchen" spricht, nicht blos diejenigen begreift, die durch eigene Handlungen oder Unterlassungen des Beklagten gegen ihn entstanden sind und doch nicht anzunehmen ist, das Gesetz habe denselben Ausdruck an verschiedenen Orten in verschiedener Bedeutung gebraucht.

Gegen diese Ansicht spricht allerdings die Entstehungsgeschichte des § und die demselben unterliegenden Motive. Schon die Motive zu § 16 des preußischen Entwurfs von 1864 bemerken, daß die erwähnte Kabinetsordre im Zusammenhalte mit dem Reskripte vom 11. Oktober 1843 über die ihr zu Grunde liegende Absicht weit hinaus gegangen sei, daß sie nur die Absicht hatte, ein forum contractus zu bilden;[16]) selbst die Motive unseres § 21 können für diese Ansicht geltend gemacht werden, sie heben hervor, daß man nur die Beschränkung des Gerichtsstandes auf die am Aufenthaltsorte entstandenen Verbindlichkeiten habe beseitigen wollen, daß in diesem Gerichtsstande alle bestehenden vermögensrechtlichen Ansprüche ohne Rücksicht auf den Entstehungs o r t — vom Entstehungs g r u n d ist nicht die Rede — verfolgt werden könnten, daß mit dieser Erweiterung der Gerichtsstand andern Prozeßordnungen (hierunter Bayern) entspreche, gerade aber hier[17]) der Gerichtsstand auf p e r s ö n l i c h e Verbindlichkeiten[18]) beschränkt ist.

Ueber die Klage auf Anerkennung der Vaterschaft aus dem außerehelichen Beischlafe nach § 21 siehe oben S. 30.

„Diese Bestimmung findet auf Militärpersonen". Das Gericht des Garnisonortes wird zwar in der Regel mit dem Gerichte des Aufenthaltsorts der genannten Militärpersonen zusammentreffen, es muß dies aber nicht sein und ist nicht der Fall, wenn eine Truppenabtheilung für längere Zeit wegen Ueber-

---

[16]) Auch bei Berathung des Nürnberger Entwurfs eines Rechtshülfegesetzes wollte man nur einen Gerichtsstand für Ansprüche aus den eigenen Handlungen des Beklagten schaffen. Prot. z. Nürnb. E. S. 45.

[17]) Bayer. Proz.-Ordn. § 18.

[18]) Was nicht gleichbedeutend ist mit persönlichen K l a g e n.

füllung der Kasernen, einer ausgebrochenen Epidemie, zeitweise in einen andern Ort verlegt, zur Bewachung einer Strafanstalt oder auf eine Festung kommandirt wird. Der zweite Absatz des § 21 stimmt mit § 39 Abs. 2 des Militärgesetzes vom 2. Mai 1874[19]) und ergänzt den § 14 Abs. 2 der Civilprozeßordnung, wornach die in § 21 Absatz 2 genannten Personen in Ansehung des Gerichtsstandes keinen Wohnsitz am Garnisonorte haben.

„welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen". Hierüber ist das zu § 14 Bemerkte zu vergleichen. Der Gerichtsstand des § 21 ist kein allgemeiner; er vermittelt mit § 22 den Uebergang der allgemeinen Gerichtsstände zu den besonderen und kann deßhalb bei Anwendung des § 28 auch dann nicht in Betracht kommen, wenn es sich nur um „vermögensrechtliche Ansprüche" handelt.

Ueber die beim Gerichtsstand des § 21 geltend gemachte Widerklage und Präjudicialincidentklage siehe § 33 mit Anm. 7 zu diesem.

§ 22.

Hat Jemand zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes eine Niederlassung, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, so können gegen ihn alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben, bei dem Gerichte des Orts erhoben werden, wo die Niederlassung sich befindet.

Der Gerichtsstand der Niederlassung ist auch für Klagen gegen Personen begründet, welche ein mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter bewirthschaften, soweit diese Klagen die auf die Bewirthschaftung des Guts sich beziehenden Rechtsverhältnisse betreffen.

Bei der Schaffung dieses besonderen Gerichtsstandes der Niederlassung ging der Gesetzgeber von der Idee aus: Das Etablisse-

---

19) Die Motive hiezu erklären ausdrücklich, daß sich das Reichsmilitärgesetz den §§ 14, 21 der C.P.O. anschließen wolle.

ment wird, was die auf den Geschäftsbetrieb desselben bezüglichen Klagen anbelangt, dem Wohnsitz gleich geachtet; dasselbe gilt für das Gut, was die Klagen aus dem auf dessen Bewirthschaftung sich beziehenden Rechtsverhältnisse betrifft.

„Hat Jemand". Der § 22 findet sich schon als Art. 5 im Nürnberger Entwurf eines Rechtshülfegesetzes. In dem Commissionsbericht hiezu S. 38 ist hervorgehoben, daß der Ausdruck „hat Jemand" auch den Fall der Nutznießung und der Erpachtung eines Etablissements in sich schließe. Das Wort „Jemand" bezieht sich nicht nur auf physische Personen und Gesellschaften ohne juristische Persönlichkeit, sondern auch auf juristische Personen;[1]) es ist deshalb ganz gleichgültig, ob der Kaufmann, der eine Niederlassung besitzt, ein Einzelkaufmann oder eine Handelsgesellschaft ist; es fallen unter den § auch Versicherungsgesellschaften jeder Art, ebenso anerkannte Vereine. Auch der Staat gehört hieher, insofern er solche Niederlassungen besitzt. Dies ist der Fall bei Staatseisenbahnen. Für Streitigkeiten wegen Ersatz verlorener Güter, Frachtansatz ist das Gericht der Station zuständig, wo der Frachtvertrag abgeschlossen wurde.[2])

„gegen ihn" (d. h. Inhaber der Niederlassung). Diese Worte wurden schon bei Berathung des norddeutschen Entwurfs[3]) eingeschaltet. Damit ist ausgedrückt, daß der § eine Rechtsfähigkeit der Niederlassung nicht anerkennt.

„eine Niederlassung". Was ist eine Niederlassung? Die bayerische Civilprozeßordnung spricht in § 25 von einer Zweigniederlassung, ebenso enthält die Württembergische Handelsgerichtsordnung in § 34 Bestimmungen über Haupt- oder Zweigniederlassung. Indessen ist anzunehmen, daß die Nürnberger Kommission zur Berathung eines Handelsgesetzbuchs, in welchem nur von Zweigniederlassung die Rede ist, bei Berathung des § 5 des Nürnberger Entwurfs eines Rechtshülfegesetzes an etwas Anderes

---

[1]) Kommiss.-Ber. z. Nürnb. E. S. 39.

[2]) Aber nicht die Station wird verklagt; die Klage geht gegen den Eisenbahnfiskus nach § 20.

[3]) Prot. d. nordd. E. S. 42.

dachte, indem sie statt des Wortes „Zweigniederlassung“ das Wort „Niederlassung“ gebrauchte. Es soll der kleinere Geschäftskreis, der an einem andern Orte als dem des Domizils des Geschäftstreibenden[4]) verlegt wurde, und in seiner äußeren Erscheinung als abgesonderter Kreis des größeren gewerblichen oder Geschäftslebens einer Person, auch einer juristischen, erscheint, wie dieser betrachtet werden; deßhalb ist eine Fabrik, welche der Inhaber eines Handelsgewerbes besitzt und die lediglich dazu bestimmt ist, Waaren, welche unter der Firma des Handelsgewerbes verkauft werden, zu fabriziren, nicht als Niederlassung zu betrachten.[5])

Ein selbstständiges Etablissement ohne Rücksicht auf den Betrieb einer Fabrik, einer Handlung, eines Gewerbes, fällt nicht unter § 22. Wer zwei gleiche Geschäfte an verschiedenen Orten besitzt, die außer aller Berührung mit einander stehen, kann nicht nach § 22 verklagt werden. Dagegen gehören hieher die Reichsbankhauptstellen und Bankstellen,[6]) die Filialen der königl. bayerischen Bank zu Nürnberg und anderer ähnlicher Institute. Ist eine Niederlassung im Sinne des § vorhanden, so ist das Gericht ihres Orts auch zuständig für Klagen aus dem Reichshaftpflichtgesetz vom 6. Juni 1871.

„unmittelbare Geschäfte geschlossen werden“. Damit soll gesagt sein, daß die Niederlassung als der eine Kontrahent erscheint, der aber wieder durch Agenten oder andere Vertreter handeln kann.

„auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben“. Das sind nicht blos die Geschäfte, die zu den eigentlichen Ressortgeschäften der Niederlassung selbst gehören; wenn eine Zweig-

---

[4]) Es ist indeß nicht nothwendig, daß der Besitzer des Hauptetablissements gerade an dem Orte dieses wohnt, um den Gerichtsstand nach § 22 am Orte der Niederlassung zu begründen.

[5]) Kommiss.-Ber. z. Nürnb. E. S. 37. Prot. z. Nürnb. Entw. S. 47. 121. Prot. z. hann. E. S. 435. Auch die Württemb. Kommiss.-Ber. zu dem gleichen § 40 der Württemb. C.P.O. bezieht sich S. 25 auf vorstehende Allegate.

[6]) Reichsbankgesetz vom 14. Mai 1875 § 38 Abs. 3. Hier ist der in § 22 der Civilprozeßordnung ausgesprochene Grundsatz speziell für die Reichsbank sanktionirt.

niederlassung eines Handelsgeschäftes Immobilien kauft, also eine Handlung vornimmt, die kein Handelsgeschäft ist (Art. 275 d. A.D.H.O.), um hierauf ein zum Geschäftsbetrieb nothwendiges Lagerhaus zu bauen, so ist für Klagen aus diesem Geschäfte das Gericht des Orts der Niederlassung zuständig. Der § 22 beschränkt aber nicht das Recht der Klägers, Klagen aus solchen Geschäften bei dem Gerichte des Wohnorts oder Wohnsitzes des im Eingange des § genannten „Jemand“ zu erheben. — Die Frage, ob Agenturen oder auch Generalagenturen einer Gesellschaft als deren Niederlassung zu betrachten sind, wird bezüglich der Agenturen zu verneinen sein; bezüglich der Generalagenturen kommt es auf die Umstände an. Wenn eine Hauptagentur durch Eröffnung eines Geschäftslokals, Aushängung einer Firma und Abschließung von denselben Geschäften, wie das Hauptgeschäft selbst, zu erkennen gibt, daß hier ein abgesonderter Kreis des Hauptgeschäftes seinen örtlichen Mittelpunkt hat, so ist das als Gewerbetablissement im Sinne des § anzusehen.[7])

Bei Berathung des Nürnberger Rechtshülfegesetzentwurfs, auf dessen Kommissionsbericht sich die Motive zu § 22 zur Rechtfertigung des Umfangs desselben ausdrücklich beziehen, wurde indeß jede Ausdehnung des Gerichtsstandes der Niederlassung auf Agenturen, selbst die Zulässigkeit der Belangung fremder Versicherungsgesellschaften am Sitz der Hauptagentur, wegen mangelnder Bestimmtheit des Begriffs der Agentur und als über die Grenzen des Etablissements hinausgehend abgelehnt, von spätern Entwürfen aber eine deßfallsige Bestimmung nicht aufgenommen, die Frage vielmehr mit Stillschweigen übergangen. Für inländische Handels- und Versicherungsgesellschaften ist ohnedieß nicht nothwendig, einen Gerichtsstand am Orte ihres Generalagenten zu konstituiren, da ihnen frei steht, statt eines Generalagenten[8]) eine Zweigniederlassung zu errichten.

---

[7]) Kommiss.-Ber. z. Nürnb. E. S. 38.

[8]) Ueber den Unterschied von Agenturen und Agenten vgl. Urtheil des Handelsappellationsgerichts in Nürnberg v. 20. Dez. 1872 u. d. Samml. wicht. Entsch. Bd. I S. 386. Die Entscheidung bezieht sich aber auf Art. 25 der

Für nichtdeutsche Versicherungsgesellschaften ist ohnedieß durch § 19 Absatz 3 Sorge getragen. Damit ist aber natürlich nicht ausgeschlossen, daß wenn eine Generalagentur oder eine Agentur für eine an einem andern Sitze als dem der Agentur befindliche Niederlassung Geschäfte abschließt, das Gericht des Orts der Niederlassung nach § 22 zuständig ist.

„mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden“. Es müssen beide bei einem Gute vorhanden sein, wenn der Gerichtsstand begründet sein soll. Wirthschaftsgebäude allein genügen ebensowenig wie das größte Wohnhaus oder die eleganteste Villa. Das Gut muß ein ganz selbstständiges für sich bestehendes Wirthschaftsgut sein.

Was die Rechtsverhältnisse anbelangt, welche sich auf die Bewirthschaftung beziehen, so gehören hieher vor Allem die zum Betriebe der Landwirthschaft nothwendigen Utensilien, auch des Viehstandes, sowie die Veräußerung der Produkte[9]), wohl aber auch alle anderen mit der Landwirthschaft in Zusammenhang stehenden Verhältnisse, wie z. B. Pachtverträge über fremde Grundstücke zur Erzielung für Viehfutter, über Räume zur Unterbringung der gewonnenen Vorräthe und dergleichen. Ebenso gehören hieher Darlehen, welche behufs der Bewirthschaftung, sei es zum Anschaffen von Wirthschaftsgegenständen, zum Auszahlen der Knechte und Mägde, oder zur Tilgung ähnlicher auf die Bewirthschaftung des Guts bezüglicher Forderungen gemacht werden.

„als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter[10]) bewirthschaften“ nicht „bewirthschaften lassen“. Wenn der Eigenthümer oder der Nutznießer das Gut einem Anderen unentgeltlich zur Bewirthschaftung überläßt oder der Pächter es wieder in Afterpacht gibt, so gehören sie nicht zu den Personen des § 22. Natürlich ist es

---

bayer. C.P.O., in dem Agenturen und Zweigniederlassungen ausdrücklich einander gleichgestellt sind.

[9]) Wernz a. a. O. Bd. I S. 62.

[10]) Nach Th. I Tit. 2 § 12 der Allgem. Preuß. G.O. begründet die Uebernahme einer Pachtung, verbunden mit dem persönlichen Aufenthalt auf dem gepachteten Gut, den Wohnsitz des Pächters. Diese Bestimmung ist aber als prozeßrechtliche zu betrachten und durch § 14 des E.G.G. zur C.P.O. aufgehoben.

aber gleichgültig, ob ein Bauer seine Aecker selbst pflügt und bebaut, oder ob ein größerer Oekonom, ohne selbst die Hand anzurühren, dazu seine Leute hält.

Der Gerichtsstand dauert so lange, als die Bewirthschaftung auf Rechnung der betreffenden Person, erlöscht also einem Pächter gegenüber mit Aufhören des Pachtvertrags.[11]) Daß der Eigenthümer, Pächter oder Nutznießer am Orte des Guts sich aufhält, wird zur Begründung des Gerichtsstandes nicht erfordert.

Klagen auf Bezahlung des Pachtgeldes gehören nicht hieher.[12])

§ 23.

Das Gericht, bei welchem Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften oder andere Personenvereine den allgemeinen Gerichtsstand haben, ist für die Klagen zuständig, welche von denselben gegen ihre Mitglieder als solche oder von den Mitgliedern in dieser Eigenschaft gegen einander erhoben werden.

In § 23 liegt eine Erweiterung des in § 19 festgestellten Gerichtsstandes. Die genannten juristischen Personen und die andern Personenvereine können hienach bei ihrem eigenen allgemeinen Gerichtsstande Klagen gegen ihre Mitglieder als solche erheben ohne Rücksicht auf den allgemeinen Gerichtsstand dieser.

„gegen ihre Mitglieder als solche". Die Ortsgemeinden in Bayern haben das Recht, Umlagenrückstände, Kosten für Gemeindedienste, welche die hiezu Verpflichteten nicht geleistet haben, ebenso Geldstrafen, Taxen, Heimath- und Aufnahmsgebühren, Verbrauchssteuern, örtliche Abgaben, Gebühren für Benützung von Gemeindeanstalten und ähnliche liquide Leistungen an die Gemeinde-, Schul- oder Armenkasse durch Zwangsvollstreckung beizutreiben.[1]) Ein

---

[11]) Vergl. Wernz Bd. I S. 62.

[12]) Prot. z. Nürnb. E. S. 122.

[1]) Gemeinde-Ordn. f. Bayern diesseits des Rheins Art. 48, 54, 57, für die Pfalz 38. Einwendungen gegen die Vollstreckung aus dem Rechtsbestande

gleiches Recht haben unter gewissen Voraussetzungen die Verwaltungsbehörden in Sachsen bei öffentlichen Abgaben und Leistungen.[2]) Auch in Württemberg hat die Ortsobrigkeit unbestrittene Forderungen der Gemeinden und anderer Korporationen an Ortsbewohner zunächst selbst beizutreiben.[3])

Diese Bestimmungen werden durch § 23 nicht betroffen, sie berühren lediglich Administrativsachen und die Gemeinden haben nicht einmal ein elektives Klagerecht. Wo es sich aber um civilrechtliche Ansprüche handelt, müssen die Gemeindebehörden gegen Gemeindeglieder wie die andern im § aufgeführten juristischen Personenvereine, diese wohl regelmäßig auch wegen rückständiger Beiträge, nothwendig gewordener Einzahlungen, Ersatzansprüche u. dgl. den Rechtsweg betreten und das erleichtert ihnen der § 23.

„Mitglieder als solche" will auch sagen, daß die weitere Eigenschaft einer Person innerhalb einer Gemeinde oder Genossenschaft oder eines Vereins nicht in Betracht kommt. Werden Ansprüche gegen die Vorstände oder besonders aufgestellten Verwalter solcher Gesellschaften, Genossenschaften ꝛc. erhoben, so ist die Klage bei dem allgemeinen Gerichtsstande dieser Personen oder bei dem Gerichte der Vermögensverwaltung (§ 31) zu erheben. Es ist dies von Wichtigkeit bei so oft vorkommenden Klagen des Aufsichtsraths von Aktiengesellschaften gegen die Mitglieder des Vorstands und der Generalversammlung gegen die Mitglieder des Aufsichtsraths (§ 194. 195. 226 des A.D.H.G.). Diese sind vom Gerichtsstand des § 23 ausgeschlossen.

Dagegen sind Klagen des Aufsichtsraths von Commanditgesellschaften und Commanditaktiengesellschaften gegen die persönlich

---

der administrativen Entscheidung gehören zur höheren Administrativbehörde, dagegen sind Einwendungen über den Vollzug Civilprozeßsache. E. d. OG.H. Bd. V S. 490.

²) Sächs. Ges. v. 28. Jan. 1835 über Competenzkonflikte u. a. §§ 2, 3.

³) Württemb. Exekutionsges. v. 15. April 1825 Art. 12. Einwendungen über die Vollstreckbarkeit gehören an die Administrativbehörden, Einwendungen gegen die Art der Vollstreckung vor das Amtsgericht. Aber es wird dann nicht § 23 zur Anwendung kommen, sondern die exklusiven Gerichtsstände des achten Buchs der C.P.O. — Vergl. auch die Bemerkungen zu § 672.

haftenden Mitglieder unter den § 23 zu subsumiren, denn hier kommt lediglich die Eigenschaft der Mitglieder als solche in Betracht. Dasselbe ist der Fall bei geforderten Nachzahlungen der Aktionäre von Seite der Aktiengesellschaften, der Mitglieder von Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit von Seite dieser Versicherungsgesellschaften. Der Umstand, daß in letzterem Falle die Versicherten zugleich Versicherer und dadurch Mitglieder der Gesellschaft sind,[4]) ändert die Zuständigkeit nach § 23 nicht, selbst nicht, wenn das gegenseitige Vertragsverhältniß den Gegenstand der Klage bildet.

Dagegen wird man Klagen gegen gewesene Mitglieder einer Gesellschaft ꝛc. bei dem Gerichtsstande des § 23 selbst dann nicht zulassen dürfen, wenn es sich um Ansprüche aus der Zeit handelt, zu der der Beklagte noch Mitglied war;[5]) denn hier klagt die Gesellschaft nicht gegen ihr Mitglied und doch ist diese Eigenschaft des Beklagten Voraussetzung der Zuständigkeit.[6])

Ebenso sind vom Gerichtsstande des § 23 alle Klagen ausgeschlossen, bei denen nicht das Gesellschaftsverhältniß den allgemeinen Klagegrund bildet, wie Klagen wegen Arbeiten, die von einem Handwerker, der Mitglied einer Genossenschaft ist, für diese geliefert wurden.

„von den Mitgliedern — gegen einander erhoben werden“. Aus demselben Grunde, aus dem für Klagen einer Gesellschaft u. s. w. gegen gewesene Mitglieder der § 23 nicht angerufen werden kann, fallen unter diesen auch nicht Klagen früherer Mitglieder aus dem Gesellschaftsverhältniß gegen einander, auch wenn die Gesellschaft zur Zeit der Klagerhebung noch besteht. Unter § 23 fallen insbesonders solche Klagen der Gesellschafter, welche sie aus Rechtsverhältnissen der Societät gegen einander anstellen, die durch die actio pro socio verfolgt werden.[7])

---

[4]) Seuffert, Archiv Bd. XIX No. 265.

[5]) A. M. Seuffert, C.P.O. zu § 23 No. 4.

[6]) Vergl. das analoge Verhältniß des Kaufmanns für die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen S. 44—45.

[7]) Bes. Begr. d. E. zu § 23.

Dahin gehören jedoch die Klagen des Inhabers eines Handelsgewerbes gegen den stillen Gesellschafter oder umgekehrt nicht, und auch die Klagen der Theilnehmer an der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung oder zu gemeinschaftlichem Handelsbetriebe gegen einander wird man nicht dem § unterstellen können, da es an dem Prinzipale, einem Gerichtsstande für die Gesellschaft als solcher auf Grund des Sitzes derselben wohl regelmäßig fehlen wird.

In Bayern wird das Bürgerrecht durch Verleihung erworben, die aber auch juristischen Personen und privatrechtlichen Vereinen ertheilt werden kann.[8]) Streitigkeiten der Mitglieder solcher Vereine unter sich über Rechte, die aus dem Gemeindeverband fließen, gehören aber nicht hieher, da nur der Verein als solcher Gemeindemitglied ist und sein Recht nur durch einen Vertreter ausüben kann;[9]) ebensowenig Klagen, die ein Genossenschafter als Privatgläubiger eines andern Genossenschafters erhebt.[10])

Die bayer. C.P.O. hat in Abs. 17 Abs. 2 ausgesprochen, daß Klagen der Handelsgesellschafter und der Liquidatoren gegen einander, so lange die Liquidation nicht beendigt ist, bei dem Gerichte des Orts angebracht werden können, wo die Gesellschaft ihren Sitz hat. Daraus, daß unsere Civilprozeßordnung nicht eine gleiche Bestimmung aufgenommen hat, kann aber nicht gefolgert werden, daß sie anderer Ansicht sei. Es liegt in der Natur der Sache und versteht sich von selbst, daß, so lange der Gerichtsstand einer Gesellschaft nach § 19 fortdauert, auch der Gerichtsstand

---

[8]) Gemeinde-Ordn. Art. 10. 15. Nicht so in Württemberg. Rev. Bürgerrechtsges. v. 4. Dez. 1833. Mohl, Staatsrecht II § 168.

[9]) Nutzungsrechte aus Waldungen auf Grund von Gemeindebürgereigenschaft sind der Gemeinde gegenüber keine Justizsache; hat den Bezug eine Gesellschaft, Personenverein u. s. w., so wird die Vertheilung des bezogenen Holzes unter die einzelnen Mitglieder möglicherweise Stoff zu einer Civilklage geben können, bei der § 23 nicht ausgeschlossen sein würde, z. B. wegen Einzahlung der dafür zu leistenden Geldbeträge oder im Falle ein Mitglied irrthümlich zu viel erhalten hätte.

[10]) Vergl. auch Reichsges. vom 4. Juli 1868 § 13 und bayerisches Gesetz vom 29. April 1869 über Erw. u. Wirthsch.-Gen. Art. 13.

der Gesellschafter nach § 23 fortdauert.[11]). Dieses Prinzip ist auch in § 56 des Reichsgesetzes vom 4. Juli 1866 über Erwerb- und Wirthschaftsgenossenschaften bestimmt ausgesprochen.

Eine andere Frage ist aber, ob Klagen zwischen Mitgliedern einer Gemeinde, Gesellschaft u. s. w. aus dem Gemeinde- und Gesellschaftsverhältnisse auch dann bei dem Gerichtsstande des § 19 erhoben werden können, wenn dieser Gerichtsstand aufgehört hat zu existiren? Wernz[12]) bejaht die Frage vom Standpunkte der bayerischen Prozeßordnung, weil das Gesetz einen besonderen Gerichtsstand gründen wollte für alle Streitigkeiten, welche die Vereinsverhältnisse betreffen und kein innerer Grund bestehe, zu unterscheiden, ob der Streit vor oder nach Auflösung des Vereins, was in der Regel der Fall sein werde, beginne.[13])

Gegen Wernz spricht schon der Wortlaut der Art. 17 Abs. 2 der bayerischen P.O. „so lange die Liquidation nicht beendigt ist", denn gerade so lange währt der Gerichtsstand des Abs. 1 gemäß A.D.H.G. Art. 144 Abs. 2. Abgesehen hievon spricht für Verneinung der Frage mit Rücksicht auf § 23 dessen Fassung „das Gericht, bei welchem — haben" da mit dem Aufhören einer Korporation, Gemeinde u. s. w. auch der Gerichtsstand nach § 19 wegfallen muß, wenn nicht die Gemeinde oder Korporation als fortbestehend fingirt wird, der § 23 aber nur eine Erweiterung des § 19 ist. Die erste Alternative des § 23 kann ohne den Fortbestand der Gesellschaft u. s. w. nicht gedacht werden, wollte man bei der zweiten nicht ebenfalls daran festhalten, so müßte man hier unterscheiden, ob die Mitglieder diese Eigen-

---

[11]) Es wird natürlich vorausgesetzt, daß die Liquidatoren zugleich Gesellschafter sind; wurden sie aber außerhalb des Kreises der Mitglieder ernannt oder erwählt, so sind die Klagen gegen sie durch § 23 nicht gedeckt, sondern sie erscheinen als Beauftragte u. dgl.

[12]) Wernz S. 52 No. 5.

[13]) A. M. Seuffert, C.P.O. Bemerk. zu § 23 unter Bezugnahme auf E.G. z. C.P.O. No. 2. Mit der Frage, ob der Gerichtsstand des § 23 nach Aufhören der Gesellschaft u. s. w. auch aufhört, hat aber doch wirklich diese Bestimmung des E.G., die sich nur auf § 19 der C.P.O. bezieht, nichts zu schaffen.

schaft noch im Momente der Auflösung gehabt haben oder nicht oder die Kompetenz auch auf Klagen früherer Mitglieder der Gesellschaft gegen diese oder andere Mitglieder derselben ausdehnen, während, wie erwähnt, der Wortlaut des § für keine dieser Unterscheidungen und Ausdehnungen Anhaltspunkte gibt.

Auch Code de proc. Art. 59, auf welchen die Motive bei den Worten „Mitglieder als solche“ sich beziehen, spricht für Verneinung der angeregten Frage.

Der Gerichtsstand des § 23 besteht für Klagen aller Art, nicht blos für vermögensrechtliche Ansprüche, z. B. für die Anerkennungsklage des § 231.

§ 24.

Für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen eine Person, welche im deutschen Reiche keinen Wohnsitz hat, ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk sich Vermögen derselben oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet. Bei Forderungen gilt als Ort, wo das Vermögen sich befindet, der Wohnsitz des Schuldners und, wenn für die Forderung eine Sache zur Sicherheit haftet, auch der Ort, wo die Sache sich befindet.

Diese Bestimmung ist zum Schutze der Gläubiger der im Auslande wohnenden oder im Inlande ohne Domizil sich umher treibenden Schuldner erlassen und soll die Zulassung eines Gerichtsstandes des Arrests entbehrlich machen.[1]) Aber gerade der Gerichtsstand des § 24 kann und wird vielfach in Verbindung mit Arrestanträgen zur Anwendung kommen, indem dadurch zugleich der Beweis der faktischen Voraussetzungen dieses Gerichtsstandes erbracht wird;[2]) jedoch hindert die Erhebung der Klage in dem Gerichtsstande des § 24 nicht, daß von einem Dritten das im Gerichtsbezirk gelegene Vermögen als Arrestgegenstand in Anspruch genommen wird.

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 24.

[2]) Bödiker, R.C.P.O. Bem. zu § 24.

„wegen vermögensrechtlicher Ansprüche". Hierüber ist Seite 12 und 13 zu vergleichen. Die Beschränkung auf vermögensrechtliche Ansprüche hat ihren Grund darin, daß der Gerichtsstand des § 24 vorzugsweise den Zweck hat, die im Inlande vorhandenen Vermögensstücke als Gegenstände der Zwangsvollstreckung benützen zu können.[3])

Die Civilprozeßordnung unterscheidet auch nicht, ob die vermögensrechtlichen Ansprüche im Inlande oder Auslande entstanden und nach inländischen oder ausländischen Gesetzen zu beurtheilen sind. Ebenso wenig macht es einen Unterschied, ob diese Ansprüche von einem Ausländer oder von einem Deutschen erhoben werden.

„gegen eine Person". Gehören hierunter auch juristische Personen? Nach dem Wortlaute des Gesetzes sollte man fast das Gegentheil annehmen; denn eine juristische Person hat keinen Wohnsitz, sondern nur einen Sitz, auch paßt die Bemerkung in den Motiven über die ohne Domizil sich im Inlande herumtreibenden Schuldner nicht auf juristische Personen. Gleichwohl wird die Frage zu bejahen sein, da die ratio legis in beiden Fällen dieselbe bleibt.[4])

„welche im deutschen Reiche keinen Wohnsitz hat". Ob der Beklagte selbst ein Deutscher oder ein Ausländer ist, macht für den Gerichtsstand des § 24 keinen Unterschied, lediglich der Umstand, daß er keinen Wohnsitz in Deutschland hat, auch keinen abgeleiteten, entscheidet, es ist auch gleichgültig, ob der Beklagte überhaupt einen Wohnsitz hat.

Die in § 16 aufgeführten Personen können auch wegen vermögensrechtlicher Ansprüche nicht bei dem Gerichtsstande des § 24 belangt werden, selbst wenn sie nur im Auslande einen Wohnsitz haben, da in Ansehung des Gerichtsstandes für sie ein Wohnsitz existirt.

Wie bei jedem Gerichtsstande, so sind aber auch bei Anwendung des § 24 die Bestimmungen über die Prozeßfähigkeit einer Partei zu beobachten.[5])

---

[3]) Bes. Begr. d. E. zu § 24.

[4]) Vergl. auch Schmitt Bd. I S. 288.

[5]) A. M. Siebenhaar, Comm. z. C.P.O. zu § 24.

„Vermögen desselben". Unter Vermögen ist Alles zu verstehen, was verwerthet werden kann, somit fallen auch die weiter im § genannten Forderungen, mögen sie nun in einer Geldpräsition, Herausgabe einer Sache, in Entschädigungsansprüchen oder in Dienstleistungen bestehen, unter das Vermögen. Daß sie besonders aufgeführt sind und ihr Sitz bestimmt wurde, geschah lediglich zur Beseitigung einer bisher bestandenen Kontroverse.[6]) Uebrigens muß es auch hier wieder gleichgültig sein, ob die Forderung eine fällige oder betagte ist, auch die letztere kann verwerthet werden. Man wird auch den Pflichttheil eines Kindes hieher rechnen müssen, soferne derselbe nach dem Landesrechte in die Kategorie eines bedingten Forderungsrechtes fällt.[7]) Zu dem Vermögen gehören demnach auch Grunddienstbarkeiten, Pfandobjekte, ja selbst persönliche Dienstbarkeiten.[8]) Es kann auch keinen Unterschied machen, ob das Vermögen schon für andere Forderungen verpfändet ist, wie z. B. ein Grundstück, auf dem Hypotheken haften oder ein Faustpfand in der Hand eines Andern. So lange der Beklagte noch Eigenthümer derartiger Objekte ist, mag das Eigenthum auch ein beschränktes sein, ist der Gerichtsstand begründet, und dieß muß selbst dann angenommen werden, wenn Arrest an dem Vermögensgegenstand angelegt oder einstweilige Verfügungen darüber getroffen wurden (§§ 796, 802, 810, 812, 815), oder wenn das Vermögen einer Zwangsvollstreckung nicht unterworfen ist (§ 749), denn das Vorhandensein eines Vermögens bestimmt die Zuständigkeit, nicht die Qualität des Vermögens, wenn auch der Zweck des § 24 die Sicherung der Exekution ist. Es ist deßhalb auch ohne Einfluß, ob das Vermögen bewegliches oder unbewegliches ist, ob dasselbe nach Erhebung der Klage auf Grund der Forderung eines Dritten der Zwangsvollstreckung unterliegt oder auf natürlichem Wege zu Grunde geht. Das vorhandene Vermögen des Schuldners soll die Zwangsvollstreckung für den Gläubiger erleichtern, sie ist aber nicht auf dieses Vermögen beschränkt.

---

[6]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[7]) Vergl. E. d. O.G.H. Bd. IV S. 844.

[8]) Prot. z. nordd. E. S. 14.

Der § 24 setzt indessen voraus, daß das bewegliche Vermögen des Beklagten sich nicht in seinem Besitz befindet.[9]) Wenn der Beklagte sein Vermögen bei sich trägt, kann man nicht sagen, daß es sich im Bezirke eines Gerichts befinde, es wandelt mit seinem Träger; dann kann § 18 den Gerichtsstand bestimmen, aber nicht § 24.

„oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet". Ist dieser Gegenstand eine unbewegliche Sache, so kann er allerdings unter der Voraussetzung des § 25 nur bei dem Gerichte der gelegenen Sache verlangt werden und hier fällt der Gerichtsstand des § 25 mit dem des § 24 zusammen.

Das Gesetz wollte für in Anspruch genommene bewegliche Sachen in gewissem Sinne einen Ersatz für das auf unbewegliche Sachen beschränkte forum rei sitae bieten.[10]) Die Fassung des § läßt übrigens Zweifel zu, ob, wenn ein bestimmter in Deutschland sich befindlicher Gegenstand verlangt wird, auch bei einem andern Gerichte, als dem, in dessen Bezirk sich der Gegenstand befindet, geklagt werden kann, wenn auch in dem Bezirke des andern Gerichts sich Vermögen des Schuldners befindet. Die Frage ist zu bejahen, da das Gesetz so viele Gerichtsstände zuläßt, als Gerichtsbezirke mit Vermögenstheilen des Beklagten vorhanden sind, und das Gericht, in dessen Bezirk sich ein bestimmter in Anspruch genommener Gegenstand befindet, für die diesen Gegenstand betreffenden Klagen als ausschließlicher — natürlich abgesehen von den Vorschriften des § 25 — nicht erklärt ist.[11]) Deßhalb kann nach § 24 eine Klage bei ein und demselben

---

[9]) Gleichgültig ist dies bei unbeweglichem. Wenn ein Ausländer innerhalb des deutschen Reichs hart an der Grenze ein Grundstück besitzt, und von seinem jenseits der Grenze gelegenen Wirthschaftsgebäude aus bebaut, ist der Gerichtsstand des § 24 gegen ihn begründet, ebenso gut, als wenn er dieses Grundstück verpachtet hat.

[10]) Bes. Begr. d. E. zu § 24. Prot. z. nordd. E. S. 14.

[11]) In den Motiven ist bemerkt: „In der Ausdehnung des § 24 ist das Forum dem gemeinen Rechte und den meisten neueren Gesetzgebungen nicht bekannt, und es stehen ihm insoferne legislative Bedenken entgegen, als bei zerstreuten Vermögensstücken eine große Anzahl von Gerichtsständen begründet

Gerichte erhoben werden, durch welche verschiedene in verschiedenen Gerichtsbezirken liegende Gegenstände verlangt werden.[12])

„Bei Forderungen", d. h. bei Forderungen, welche dem Beklagten selbst gegen eine in Deutschland wohnende Person zustehen. Warum sie besonders angeführt werden, ist bereits bemerkt worden, sie bilden immer einen Bestandtheil des Vermögens. Zu solchen Forderungen sind auch die von dem Beklagten geleisteten Kautionen zu rechnen, mögen sie Privaten oder dem Staate (Dienstkautionen, wenn der Bedienstete unter Aufgabe seines Domizils sich entfernt hat) errichtet worden sein.

„der Wohnsitz des Schuldners". Diese Bestimmung ist eine Folge des Grundsatzes, daß Schuldverhältnisse in der Regel dem Orte angehören, an welchem der Schuldner seinen Wohnsitz hat.[13])

„eine Sache zur Sicherheit haftet". Auch hier wird nicht unterschieden, ob die Sache eine bewegliche oder unbewegliche ist. Wenn der nach § 24 zu verklagende Gläubiger eines inländischen Schuldners für seine Forderungen in einem vom Domizilsgerichte des Schuldners verschiedenen Gerichtsbezirke eine Hypothek besitzt und zugleich ein Faustpfand, welches bei einem Dritten wieder in einem andern Gerichtsbezirk Wohnenden aufbewahrt wird, kann die Klage nach § 24 bei drei Gerichten erhoben werden.

---

sein kann, und jedes geringfügige, vielleicht nur zufällig zurückgelassene Vermögensstück einen Gerichtsstand herbeizuführen vermag. Bes. Begr. d. E. zu § 24.

[12]) Abgesehen wieder von den Bestimmungen des § 25. Unbezweifelt können bei dem forum rei sitae hier auch andere nicht darunter fallende Gegenstände eingeklagt werden. Wird eine in verschiedenen Gerichtsbezirken gelegene, oder werden mehrere in verschiedenen Gerichtsbezirken gelegenen unbeweglichen Sachen verlangt, kommt § 36 Nr. 4 zur Anwendung.

[13]) Windscheid, Pand. Bd. I S. 76. Die Civilprozeßordnung ist sich übrigens nicht konsequent geblieben; in § 29 ist das von Savigny Bd. VIII S. 203 aufgestellte Prinzip vertreten, wonach der Ort der Erfüllung als der Sitz der Forderung zu betrachten ist. In § 24 handelt es sich jedenfalls nicht sowohl um eine zwischen zwei Parteien bestrittene Forderung, für welche noch andere Gerichtsstände bestehen, als vielmehr um die Sicherung der Zwangsvollstreckung, und dies mag der Grund der Inkonsequenz des Gesetzes sein.

Wie sich von selbst versteht, ist das von dem auf Grund des § 24 zuständigen Gerichte erlassene Urtheil einem jeden anderen Urtheile gleich und wie dieses zu vollstrecken, nicht blos vollstreckbar in das Vermögen oder den Gegenstand, auf dessen Vorhandensein im Gerichtsbezirke die Zuständigzeit begründet wurde.[14])

Uebrigens hat in den Fällen des § 24 das Gericht von Amtswegen seine Zuständigkeit zu prüfen,[15]) soferne nicht beide Parteien erscheinen und ohne daß die Unzuständigkeit geltend gemacht wurde, zur Hauptsache verhandelt haben (§ 39), also namentlich vor Erlassung eines Versäumungsurtheils den Nachweis des Vorhandenseins des beklagtischen Vermögens in seinem Bezirke zu fordern, wenn solches Vorhandensein nicht bei dem Gerichte offenkundig ist.

Der Gerichtsstand des § 24 kann mit dem des § 18 konkurriren.

§ 25.

Für Klagen, durch welche das Eigenthum, eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, für Grenzscheidungs-, Theilungs- und Besitzklagen ist, soferne es sich um unbewegliche Sachen handelt, das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk die Sache belegen ist.

Bei den eine Grunddienstbarkeit oder eine Reallast betreffenden Klagen ist die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks entscheidend.

Die Fassung dieses § ist nicht ganz deutlich; sie läßt die Frage zu: Besteht überhaupt n u r für die in § 25 genannten Klagen ein Gerichtsstand der gelegenen Sache oder ist dieser Gerichtsstand nur für diese Klagen ein ausschließlicher? Aufschluß

---

[14]) Ein hierauf gerichteter Antrag wurde von der Justizkommission abgelehnt — Prot. d. J.K. S. 9—10 — wie dies auch schon bei Berathung des norddeutschen Entwurfs geschehen. Prot. z. nordd. E. S. 13—14.

[15]) Prot. z. nordd. E. S. 14.

geben erst die folgenden §§ 26 und 27 und die Motive. Diese bemerken in Uebereinstimmung mit den Motiven des preußischen Entwurfs (§§ 21, 24) „der Entwurf hat den dinglichen Gerichtsstand nur für unbewegliche Sachen und in Betreff der in § 25 aufgeführten Klagen für einen ausschließlichen erklärt.“ Der dingliche Gerichtsstand ist allerdings nur unter den in §§ 25—27 gegebenen Voraussetzungen zulässig, so daß in andern dort nicht aufgeführten Fällen von demselben kein Gebrauch gemacht werden kann, allein ausschließlich, so daß nur vor dem Gerichtsstande der gelegenen Sache geklagt werden kann, ist er nur in den Fällen des § 25.

§ 27 zählt dagegen die Klagen auf, welche bei dem Gerichtsstande der gelegenen Sache angebracht werden können und diese Klagen unterscheiden sich von denen des § 26 wieder darin, daß jene selbstständig vor dem forum rei sitae als in rem scriptae, also vermöge ihrer inneren Natur, verfolgt werden können, während die in § 26 aufgeführten, an sich persönlicher Natur, nur dann vor dem forum rei sitae erhoben werden dürfen, wenn sie mit einer an sich vor den dinglichen Gerichtsstand gehörigen Klage kumulirt werden, während sie selbstständig nie bei diesem Gerichtsstand angebracht werden können. Nimmt man dazu auf den zwischen den einzelnen Prozeßordnungen bestehenden, von den Motiven besonders betonten Gegensatz, wonach die einen den Gerichtsstand als ausschließlichen, die andern als elektiven bezeichnen,[1]) Rücksicht, so kann man nur die zweite Alternative bejahen.

„durch welche das Eigenthum“. Nicht blos die rei vindicatio, sondern alle das Eigenthum betreffenden Klagen gehören hieher. Zu dem Eigenthum gehört auch das Miteigenthum, also auch Klagen des Miteigenthümers gegen den andern, mag das gemeinschaftliche Eigenthum ein getheiltes oder ungetheiltes sein. So gehört z. B. hieher die Klage des gemeinen Rechts auf Einräumung des Eigenthums an einer gemeinschaftlichen Mauer,

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 25—27.

wenn der Miteigenthümer die von dem andern getragenenen Reparaturkosten innerhalb 4 Monaten nicht pro rata ersetzt.[2]) Ebenso können die Retraktsklagen unter die Bestimmung des § 25 fallen, soferne sie nach dem einschlägigen Civilrechte, weil zu den Klagen, wodurch das Eigenthum an einer gewöhnlich unbeweglichen Sache geltend gemacht wird,[3]) zählend, als dingliche Klagen sich darstellen.

Sie sind indessen ziemlich aus der Praxis verschwunden. In Preußen besteht nach dem Gesetze vom 2. Mai 1850 nur noch das auf Verträgen oder letztem Willen beruhende Vorkaufsrecht, das, wenn es ein dingliches Recht sein soll, eingetragen sein muß, dann von den gesetzlichen Retraktsrechten das Ganerbenrecht, d. h. das Vorkaufsrecht eines Miteigenthümers, wenn ein anderer seinen Antheil an einen Fremden verkauft, das Vorkaufsrecht des Besitzers eines Grundstückes, von dem ein Theil expropriirt wurde und nun theilweise wieder überflüssig wird, das Vorkaufsrecht des Fiskus auf das in Privatbergwerken gewonnene Gold und Silber, endlich das dem Gewerbe gegen den Grundherrn zustehende Vorkaufsrecht an Bau- und Kohlenholz.

Der Code civil erwähnt nur an zwei Stellen — Art. 841 und 1699 — des Vorkaufsrechts, es besteht aber nur als persönlicher Anspruch und gibt bei Weigerung des Verpflichteten nur eine Klage auf Entschädigung.[4])

Auch in Bayern besteht nach dem Landtagsabschiede von 1861 sub III § 28, 2 von den Retraktsrechten nur das Vorkaufsrecht eines Theilhabers an einer Gemeinschaft[5]) bei Veräußerung des Antheils eines andern an einen Fremden.[6])

---

[2]) Fr. 5 § 10 D. (XVII, 2); c. 4 C. de aedif. priv. (VIII, 10).

[3]) Auch wenn man sie als actiones in rem scriptae betrachtet — Seuffert, Archiv Bd. XI Nr. 200 — können sie bei dem Forum der gelegenen Sache erhoben werden (§ 27).

[4]) Rénaud im bad. Magazin V. S. 394 ff. Bad. Annal. Bd. XXXIX S. 49.

[5]) Ueber die Bestimmung des Thl. III c. I § 14 Nr. 13 des bayer. L.R. vergl. E. d. O.G.H. Bd. III S. 12.

[6]) Ueber den Umfang dieser Bestimmung vergl. Roth, bayer. Civ.R.

Das sächsische Recht schließt sich dem Code civil an; nur dann muß der Dritte die Sache herausgeben, wenn er die Existenz des Vorkaufsrecht gekannt hat oder wenn das Recht im Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen ist, weil es nach sächsischem Recht hiedurch zum dinglichen Rechte wurde.[7])

In Württemberg besteht, abgesehen von den gewillkürten Losungsrechten, welche durch Vertrag und letzten Willenserklärung unter bestimmten Voraussetzungen entstehen können, nur ein gesetzliches Losungsrecht — das Losungsrecht des Lehensfolgers im Fall der Veräußerung eines Mannslehens.[8])

„eine dingliche Belastung — geltend gemacht wird". Hiezu gehören gemeinrechtlich die Personalservituten, wie die Realservituten, Superficies, Emphyteusis, Pfandrechte, Hypotheken, deutschrechtliche Realrechte. Die Grunddienstbarkeiten werden im letzten Absatz des § aus einem besonderen Grunde erwähnt. Die actio hypothecaria muß man hieher rechnen, sie wäre außerdem nach dem Wortlaut des § ausgeschlossen, da die Hypothek mit der Eigenthumsklage nicht geltend gemacht werden kann.[9]) Auch die Motive rechnen die Hypothekenklage zu denjenigen, durch die eine Belastung geltend gemacht wird und es ist dies in der That der Fall; denn sie geht nicht auf Constituirung eines Pfandrechts, sondern gemeinrechtlich auf Einräumung des bereits bestehenden Pfandes, nach bayerischem und württembergischem Rechte auf Abtretung des Unterpfandsobjekts zur Befriedigung durch Verkauf desselben und der noch nicht abgesonderten und bezogenen Früchte.[10])

---

§ 142. Der O.G.H. für Bayern hat anerkannt, daß ein vertragsmäßiges Vorkaufsrecht dadurch, daß er im Hypothekenbuche eingetragen ist, **nicht** zum dinglichen Rechte wird. E. d. O.G.H. Bd. IV S. 607. Vergl. Plenarurth. in den E. d. O.G.H. Bd. V S. 823.

[7]) Sächs. bürg. G. §§ 1124, 1127. **Schmidt**, Vorl. Bd. I S. 224, 382.

[8]) v. **Wächter**, Hdb. II S. 858, Ges. v. 24. Febr. 1812 u. 2. März 1815, Exek.-Ges. v. 1825 Art. 59, 99. **Bierer**, Hdb. d. württemb. Pr.R. Bd. II S. 201 a. E. Anm. 14.

[9]) Fr. 16 § 5 D (XX, 1).

[10]) **Arnold**, Hypoth. Zinsklage §§ 5, 6, 30. Bayer. Hypoth.-Ges. § 51. **Gönner**, Comm. hiezu. Württ. Pfandges. v. 15. April 1865 Art. 90, 114. **Römer**, Manuskr. d. Württ. Pr.R. § 2.

Auch nach sächsischem Rechte geht die Hypothekenklage auf Zwangsversteigerung oder Sequestration,[11]) also auf Geltendmachung der zu Gunsten des Klägers auf einem Immobile bestehenden „dinglichen Belastung“. Dazu kommt die Bestimmung des § 26, aus dem mit Nothwendigkeit hervorgeht, daß die Hypothekenklage allein gestellt vor das Forum der gelegenen Sache gehört.

Die Klage auf hypothekenfreie Uebergabe eines Grundstücks ist keine Klage, welche ein Pfandrecht betrifft; dieß kommt erst zwischen dem Beklagten und den Hypothekengläubigern in Frage.[12])

„für Grenzscheidungs-, Theilungs- und Besitzklagen“. Es mag dahin gestellt bleiben, ob alle diese Klagen als dingliche bezeichnet werden können,[13]) das Gesetz thut das auch eigentlich nicht, sondern nennt sie neben den dinglichen.[14])

Betreffen die Theilungsklagen eine Gesammtheit, die aus Immobilien und Mobilien besteht,[15]) so fallen sie nicht unter den § 25. Bei Berathung § 56 des norddeutschen Entwurfs, der dem § 25 zu Grunde liegt und der auch die „Grenzscheidungs- und Theilungsklagen sowie die Besitzklagen“ anführt, war man darüber einig, daß nur diejenigen Theilungsklagen, welche eine

---

[11]) Schmidt, Vorl. Bd. I S. 94, 278.

[12]) E. d. O.G.H. Bd. V S. 904, vergl. auch Bd. IV S. 497.

[13]) Savigny, System Bd. V S. 236 werden die Theilungsklagen, weil auf Grund von Obligationen beruhend, als personales bezeichnet, die sich jedoch von anderen persönlichen Klagen dadurch unterscheiden, daß in ihnen zugleich das streitige Eigenthum entschieden werde. Auch § 21 des preuß. Entwurfs bringt dingliche Klagen wenigstens mit den Grenzscheidungsklagen in einen gewissen Gegensatz.

[14]) Klagen auf Erbschaftstheilung gehören nicht vor das Gericht der gelegenen Sache. Vergl. § 28. Prot. z. nordd. E. S. 46.

[15]) Die bayerische C.P.O. hat in § 21 das Forum der gelegenen Sache anerkannt, wenn Theilungsklagen ausschließlich oder auch nur zum Theile unbewegliche Sachen zum Gegenstand haben und damit viele Zweifel beseitigt. Die Ansicht Schmitt's Bd. I S. 296 Nr. 3, daß § 21 der bayer. P.O. nur eine res singula im Auge habe, widerlegt sich ja aus dem Wortlaute „ausschließlich oder nur zum Theile unbewegliche Sachen“ von selbst.

unbewegliche Sache als einzelne zum Gegenstande haben (actio communi dividundi) dem dinglichen Gerichtsstande unterworfen seien.[16]) Nun kann es aber vorkommen, daß bei einer auf eine res singula z. B. ein zusammenhängendes Gut gerichteten Theilungsklage der Streitgegenstand in verschiedenen Gerichtsbezirken liegt, wenn in dem angeführten Beispiele eine Gerichtsgrenze das Gut durchschneidet. In diesem Falle ist das zuständige Gericht nach § 36 Nr. 4 zu bestimmen.

Unter Besitzklagen sind die sämmtlichen Besitzklagen mit Einschluß der interdicta adipiscendae possessionis zu verst hen.[17])

„sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt". Aus arg. a contrario folgt, daß, wenn auch bewegliche Sachen dabei in's Spiel kommen, der § 25 nicht Anwendung findet. Wenn daher ein Lagerplatz in geringem Werthe mit darauf lagernden (also nicht als Pertinenz in Betracht kommenden) Mobilien, oder umgekehrt ein werthvoller Lagerplatz mit Mobilien von weit geringerem Werthe, im Ganzen um einen unausgeschiedenen Preis verkauft wird, so entscheidet nicht etwa der für die Mobilien oder Immobilien prävalirende Werth für die Zuständigkeit des Gerichts, wenn aus diesem Kaufgeschäfte ein Rechtsstreit entsteht, sondern es ist das für die Theilungsklagen aufgestellte Prinzip auch hier durchschlagend — solche Klagen fallen nicht unter § 25.[18])

---

[16]) Prot. z. nordd. E. S. 43, 46. Auch bei Berathung des § 19 des hannover'schen Entwurfs wurde diese Ansicht ausgesprochen. Prot. z. hann. E. S. 500, 520—521. Die Werthbestimmung für die Zuständigkeit richtet sich nach dem in Anspruch genommenen Theil der Sache (vergl. S. 85), nicht nach dem Werth des Ganzen, wie Siebenhaar, Comm. z. C.P.O. S. 41 anführt.

[17]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 25—27. Betreffen Letztere eine Erbschaft, so gehören sie nicht vor das Forum der gelegenen Sache.

[18]) Bei Klagen aus Handelssachen und davon untrennbaren Immobilien hat die Praxis das Gericht, welches für die Hauptsache zuständig ist, auch für die damit verbundene Sache zuständig erklärt. E. d. R.O.H.G. Bd. X S. 126, XI S. 150. — Als dritte Ansicht könnte geltend gemacht werden, daß das forum rei sitae den mobilen Theil des Klagegegenstandes an sich zieht, und dieses Attraktivprinzip wäre, wollte man sich der Ansicht des Kommentars nicht anschließen, das zweckentsprechendste.

Was „unbewegliche Sachen“ sind, bestimmt das Civilrecht.[19]) Die Civilprozeßordnung hat diesen Grundsatz ausdrücklich anerkannt.[20]) Hiernach ist der Rahmen für den Gerichtsstand des § 25 für einzelne Rechtsgebiete ein ziemlich ausgedehnter, für andere beschränkt.[21])

Unbewegliche Sachen sind gemeinrechtlich, nach preußischem Landrechte, nach bayerischem Landrechte (in Württemberg gilt hier gemeines Recht) Grund und Boden und was mit demselben innerlich und äußerlich dauernd zusammenhängt, sei der Grund hiefür die Natur oder mechanische Einwirkung, so lange keine Trennung stattfand,[22]) wie Bäume eines Waldes, so lange sie nicht gefällt sind,[23]) städtische Grundstücke (Gebäude) wie ländliche, auch wenn sie keine Früchte tragen,[24]) sowie alle mit solchen Grundstücken in Verbindung gebrachten Sachen, so lange diese Verbindung dauert, endlich gemeinrechtlich, nach bayerischem Landrechte und in

---

[19]) Holzschuher, Theor. u. Casuist. Bd. I S. 307 Frage 3. Bayer. Hypoth.-Ges. §§ 1, 3. Gönner, Commentar hiezu S. 117. Mittermaier, deutsch. Pr.R. § 143.

[20]) § 757 u. bes. Begr. d. E. zu §§ 702—704 Abs. 1.

[21]) Für Manchen mag eine Zusammenstellung der in dieser Materie so weit auseinandergehenden Landesrechte nicht uninteressant sein und dies die folgenden, eigentlich nicht in den Kommentar einer Prozeßordnung gehörigen Bemerkungen entschuldigen.

[22]) § 2 J. (II, 1) fr. 40 D. (XIX, 1). Bayer. L.R. Thl. II c. III § 17 und Anm. hiezu. Früchte auf dem Halme werden jedoch, insofern sie als Exekutionsgegenstände in Betracht kommen, für bewegliche Sachen erachtet. Seuffert, Archiv Bd. XXIV Nr. 209. Vergl. auch § 714.

[23]) Ein Kauf auch ungefällter Stämme, um sie fällen zu lassen, von Früchten auf dem Halme, eines zum Abbruch gekauften Hauses, also ein Kauf eines Immobile, wobei dieses von einem andern getrennt werden soll, wird als über eine bewegliche Sache abgeschlossen betrachtet. Samml. der Entsch. des H.A.G. zu Nürnberg Bd. I S. 412. Blätt. f. R.A. Bd. XXX S. 94. v. Wächter, Württ. Pr.R. Bd. II S. 221. Zachariä, franzöf. Civ.-R Bd. I S. 425.

[24]) Preuß. L.R. Thl. I Tit. 18 § 132. Förster, Preuß. Pr.R. § 168, 31. Bayer. L.R. Thl. II c. I § 8. Württ. L.R. Thl. I Tit. LXXV §§ 7, 15. Thl. II Tit. XXXIII. v. Wächter, Württemb. Pr.R. Bd. II S. 210 ff.

Württemberg auch alle Rechte, welche sich auf unbewegliche Sachen beziehen,[25]) während das preußische Landrecht nur diejenigen Rechte, deren Ausübung durch den Besitz einer unbeweglichen Sache bedingt ist oder denen durch ein Gesetz die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache eingeräumt ist, als unbewegliche Sachen anerkennt.[26])

Zu den beweglichen Sachen im Sinne des § 25 gehören auch deren Pertinenzen,[27]) welche wieder Immobilien oder Mobilien sein können, wenn letztere mit der unbeweglichen Sache in einem Verhältnisse stehen, daß sich hieraus ihr Zweck, dieser dauernd zu dienen, ergibt.[28])

Das preußische Landrecht specificirt die Pertinenzen eines Immobile und erklärt als solche die auf eine Sache bezüglichen Urkunden,[29]) dann Alles, was durch Maurer- oder Zimmererarbeit mit einem Gebäude verbunden oder eingegossen ist, die auf dem Bauplatze eines Hauses befindlichen Baumaterialien,[30]) die zur Bewohnung eines Hauses nothwendigen Einrichtungen, die Früchte eines Grundstücks, die in dem zu einem gewissen Gewerbebetrieb bestimmten Gebäude zu dem Gewerbe gehörigen befindlichen Geräthschaften,[31]) die Einrichtung von Gasthöfen, Mühlen, Fabriken, Apotheken, Kramläden.[32])

---

[25]) Windscheid, Pandekte § 139, 3, bayer. L.R. Thl. II c. I § 9. Württemb. L.R. Thl. I Tit. LXXV § 7. Thl. II Tit. XIII § 1. Tit. XVIII § 4. Württ. Pfandgef. Art. 3. v. Wächter, a. a. O. S. 224.

[26]) Preuß. L.R. Thl. I Tit. 2 §§ 7—9; Förster, preuß. Pr.R. § 21.

[27]) Prot. z. nordd. E. S. 47.

[28]) Fr. 17 D. (XIX, 1). Zachariä, französ. Civ.-R. Bd. I S. 426. Bayer. L.R. Thl. II c. II § 14. Roth, bayer. Civ.-R. Bd. I S. 23. v. Wächter, württemb. Pr.R. Thl. II § 41 S. 250 unter A. Sächs. bürg. Ges. § 68.

[29]) Ebenso Code civil Art. 1605; Anm. z. bayer. L.R. Thl. II c. II § 14 Nr. 3, a. Sächs. bürg. G. § 68 a. E.

[30]) Nach bayer. L.R. sind diese keine Pertinenzen, Anm. a. a. O. Nr. 4, d.

[31]) Ebenso das sächs. bürg. G. § 69. Für französ. Recht vgl. Zachariä a. a. O. S. 427, besonders Anm. 37.

[32]) Preuß. L.R. Thl. I Tit. 2 §§ 62—95.

Zu den Pertinenzen eines Immobile gehören auch die mit demselben verbundenen Realrechte,[33]) namentlich auch die radicirten realen Gewerbsrechte, während die nicht radicirten die Natur von Privilegien haben.[34])

Der Code civil bestimmt in den Art. 517—526, was unbeweglichen Sachen sind, wobei zugleich die als unbewegliche Sachen zu betrachtenden Zugehörungen aufgeführt werden, nämlich: Grundstücke und Gebäude, Wind- und Wassermühlen, die auf Pfeilern ruhen und einen Theil des Gebäudes ausmachen, Früchte auf dem Halme, Thiere, die auf ein Grundstück zu dessen Bau oder Verbesserung von dem Eigenthümer verbracht oder zu diesem Zwecke mit verpachtet werden, das dazu gehörige Ackergeräthe, die Saatfrucht, die in einem Taubenhause ein- und ausfliegenden Tauben,[35]) die Kaninchen in einem Gehege, die Fische in den Teichen, Kelter, Kessel, Destilirkolben, Bottiche, Fässer, Stroh und Dünger.[36]) Unbeweglich sind aber auch nach französischem Rechte Mobiliargegenstände, welche der Eigenthümer mit einem Immobile in Verbindung brachte, damit sie für immer bei demselben bleiben, das Wohnungsrecht, der Nießbrauch an einer Sache und Servituten.[37]) Selbst Klagen, welche auf Vindication einer unbeweglichen Sache gerichtet sind, werden zu den unbeweglichen Sachen gerechnet.[38])

---

[33]) Förster, preuß. Pr.R. § 21, 39. Roth, a. a. O. S. 25. v. Wächter, a. a. O. Thl. II § 41 S. 258.

[34]) Ueber die dem bayer. Landrecht eigenen Ehehaften s. Roth a. a. O. Bd. III § 294.

[35]) Dagegen gem. R. fr. 5 § 5 D. (XLI, 1).

[36]) Code civil Art. 1824.

[37]) Zachariä a. a. O. Bd. I §§ 169, 170.

[38]) Zachariä a. a. O. § 171, namentlich S. 430 Anm. 4. Die Hypothekforderung ist auch nach bayerischem Rechte zu den unbeweglichen Sachen zu rechnen. Bl. f. R.A. Bd. XXXI S. 195 ff., Bd. XXXIII S. 196. Nach sächsischem Rechte und in Württemberg gehört die Hypothek zu den beweglichen Sachen. Schmidt, Vorl. Bd. I S. 94. Württemb. Pf.G. Art. 4. 249. Daß durch Vertrag bewegliche Sachen zu unbeweglichen und umgekehrt erklärt werden können, kann wohl auf den Gerichtsstand keinen Einfluß äußern, wenigstens

Das sächsische Recht kennt als unbewegliche Sachen nur Grundstücke mit dem Raum über denselben und was sich unter der Oberfläche befindet,[39]) dann Berechtigungen, welche ein Folium im Hypothekenbuche erhalten haben und Schiffsmühlen. Andere Sachen werden unter die beweglichen begriffen.[40]) Dagegen können auch bewegliche Sachen unter den gesetzlichen Voraussetzungen Pertinenzen einer unbeweglichen Sache sein.[41])

„ausschließlich zuständig". Es ist bereits erwähnt worden, wie diese Worte zu verstehen sind. Die Klagen des § 25 können nur bei dem Gerichte der gelegenen Sache erhoben werden.[42]) Wird eine dieser Klagen bei einem andern Gerichte angestellt, so muß sie von Amtswegen abgewiesen werden, selbst wenn der Beklagte in die Verhandlung vor dem unzuständigen Gerichte sich einlassen wollte, weil dieses auch durch Prorogation nicht zuständig werden kann.[43]) Uebersieht dieß das Gericht und erläßt ein Urtheil, so muß gleichwohl jeder der Parteien das Recht zustehen, gegen dieses Urtheil die Berufung wegen Unzuständigkeit des Gerichts zu ergreifen. Außerdem wird auch das von dem unzuständigen Gerichte erlassene Urtheil rechtskräftig.[44])

Dritten gegenüber, wenn nicht hiefür ein Eintrag in die Grund- oder Hypothekenbücher erfolgte. Bayer. Hypoth.-Ges. § 34, Ges. die landw. Erbgüter betr. vom 22. Febr. 1855 Art. 2.

[39]) Sächs. bürg. G. §§ 59, 218; aber im Sinne des römischen Rechts also Alles, was mit Grund und Boden so in Verbindung steht, daß es, ohne zerstört oder verändert zu werden, nicht getrennt werden kann.

[40]) Sächs. bürg. G. § 60 gibt nur Vorschriften, wie es bei einer Sonderung zu halten ist, z. B. wenn ein Erblasser dem Einen sein bewegliches, dem Andern sein unbewegliches Vermögen hinterläßt.

[41]) Sächs. bürg. G. §§ 65, 67, 68, 69. 70, 71. § 68 führt durch das Wort „insbesondere" Beispiele an, eben § 71.

[42]) Deßhalb ist in der bayerischen Pfalz für Klagen auf Zurückgabe von einigen Tauben, die aus dem Taubenschlage des einen Guts in den Taubenschlag eines andern verflogen sind, weil sie nach dem Code civil als unbewegliche Sachen erscheinen, nur das Gericht des Guts, aus dem sie entflogen sind, zuständig.

[43]) Schmidt, Bd. I S. 298. A. M. Siebenhaar, Comm. zur C.P.O. zu § 25.

[44]) Uebrigens kann in Fällen, wo das Gericht auch durch Prorogation

„in dessen Bezirk die Sache gelegen ist“. Es kommt oft vor, daß ein Gut aus mehreren in verschiedenen Gemeinden und Steuerdistrikten gelegenen Grundstücken besteht. Handelt es sich bei der Klage um ein einzelnes Grundstück, so ist für die Zuständigkeit bei solcher Klage lediglich der Umstand entscheidend, in welchem Gerichtsbezirke das Grundstück liegt, selbst wenn der Hauptbestandtheil des Guts und der Sitz der Verwaltung einem andern Gerichtssprengel angehören,[45]) insofern das einzelne Grundstück nicht als Accessorium des Ganzen in Betracht kommt, denn dann ist der Gerichtsstand des Guts auch für das Accessorium maßgebend.[46]) Dagegen muß bei Klagen, die das Eigenthum eines aus verschiedenen in verschiedenen Gerichtsbezirken liegenden Grundstücken bestehenden Guts betreffen, das zuständige Gericht nach § 36 Nr. 4 bestimmt werden.[47])

„oder Reallast“. Das preußische L.R. erwähnt nur einmal der Reallasten,[48]) das bayerische L.R. gar nicht,[49]) obwohl ihm Rechtsverhältnisse, welche unter diesen Gattungsbegriff subsumirt werden müssen, recht wohl bekannt sind, desgleichen das württemberger Landrecht, während das sächsische Recht[50]) sie als Be-

---

nicht zuständig werden kann, bei aus andern Gründen ergriffener Berufung die Einrede der Unzuständigkeit im II. Rechtszuge immer erhoben werden (§ 490), vgl. auch Wernz S. 75 Spalte 1 Nr. 6.

[45]) Bl. f. R.A. Bd. III S. 40.

[46]) Diesen anerkannten Grundsatz hat Art. 6 des E.G. zur bayer. C.P. vom 29. April 1869 noch besonders ausgesprochen.

[47]) Ein Fall, daß ein Immobile in verschiedenen Gerichtsbezirken liegt, kann bei Reallasten, Servituten, Hypotheken (sächs. bürg. G. § 64) oft vorkommen; ebenso, wenn Jemand zwei Aecker, zwischen denen die Grenze läuft, erwirbt und zusammenackert oder überbaut u. dgl.

[48]) Preuß. L.R. Thl. I Tit. 20 §§ 154—156; erst das Ablösungsgesetz vom 2. Mai 1850 § 6 spricht von ihnen.

[49]) Nur in den Anmerkungen zum bayer. L.R. Thl. IV c. 7 § 33 Nr. 5 und den Anmerk. z. Ger.-O. v. 1753 c. XVIII § 7, h. a. E. geschieht der onera realia Erwähnung und werden hierunter Grunddienstbarkeiten, ewige Gelder, unablösbare Zinsen, Steuern, Anlagen u. dgl. verstanden.

[50]) Sächs. bürg. G. §§ 505 ff.

schränkung des Eigenthums auffaßt und die Leibrente, wie den Auszug, der auf einem Grundstück haftet, als Reallasten erklärt.[51]) Die Civilprozeßordnung hat die Streitfrage, ob die Reallasten als Obligationen, als dingliches Recht, oder die Reallast im Ganzen als dingliches Recht, die Leistung dagegen als persönliche Verpflichtung aufzufassen sei,[52]) in Ansehung des Gerichtsstandes entschieden, indem sie die Reallast der Grunddienstbarkeit vollkommen gleichstellt, „bei den eine Grunddienstbarkeit oder Reallast betreffenden Klagen".[53]) Es müssen daher auch Klagen aus Reallasten,[54]) wie die confessorische und negatorische Klage bei Bodenzinsen und Zehnten, bei dem Gerichte der gelegenen Sache erhoben werden.

Die auf dem Zehntrechte beruhende kirchliche Baulast ist eine Reallast[55]) und bei Klagen wegen Baulast in diesem Falle das Gericht der gelegenen Sache ausschließlich zuständig.

„die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks entscheidend". Die Vorschrift, daß der dingliche Gerichtsstand sowohl für die actio confessoria als negatoria durch die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks bestimmt werde, wurde aufgenommen, um eine hier bei der actio negatoria bestehende Controverse zu beseitigen.[56])

Wenn Ansprüche der in § 25 bezeichneten zugleich mit persönlichen (abgesehen von § 26) bei dem forum rei sitae erhoben

---

[51]) Schmidt, Vorl. Bd. I S. 311. Gemeinrechtlich wird der Auszug oft zu den Reallasten gerechnet. Auch Förster, preuß. Pr.R. theilt diese Ansicht. Die Praxis in Bayern hat sich konstant gegen diese Ansicht erklärt.

[52]) Dieß ist die Ansicht der bayerischen Gerichte. Bl. f. R.A. Bd. XXV S. 397. P.O. v. 29. April 1869 Art. 1092 Nr. 2.

[53]) In Bayern ist die Dinglichkeit der Reallasten durch die Gleichstellung derselben mit den Prädialservituten nicht zu bestreiten. Roth, bayer. Civ.-R. Bd. II S. 333 Anm. 18.

[54]) Zu diesen gehört auch das Ewiggeld der Stadt München, das auch an einzelnen Orten der bayerischen Oberpfalz vorkommt. Ich habe dieses Rechtsinstitut in den Landgerichten Riedenburg und Schwandorf getroffen, es wurde von den dortigen Gerichten gleich den Hypotheken behandelt. Der Verf.

[55]) Permaneder, kirchl. Baulast § 78.

[56]) Bes. Begr. d. E. zu § 25.

werden und bei Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts für letztere diese Unzuständigkeit behauptet wird, muß sich das Gericht für die persönlichen Ansprüche als unzuständig erklären und kann auf Antrag die Sache an das betreffende Gericht verweisen,[57]) für die dinglichen Ansprüche aber bleibt es zuständig; ebenso kann, wenn die Klage beim persönlichen Gerichtsstande erhoben wurde, ein Gericht zuständig bleiben, wenn bei ihm persönliche Ansprüche zugleich mit dinglichen erhoben wurden, für welch letztere zwar ein Gerichtsstand der gelegenen Sache besteht, aber kein ausschließlicher nach § 25. Im Falle bei Klagen wegen untrennbar verbundener persönlicher und dinglicher unter § 25 zu subsumirenden Ansprüche (wie in dem angeführten Beispiele vom Kaufe eines Lagerplatzes mit den darauf befindlichen Mobilien) ein Versäumungsurtheil erlassen werden soll, muß, wenn die Klage bei dem forum rei sitae angebracht ist, das Gericht auch als Domizilsgericht oder aus einem andern Grunde zuständig sein; außerdem ist die ganze Klage wegen Unzuständigkeit abzuweisen, da bei dem Nichterscheinen des Beklagten eine allerdings hier zulässige Prorogation nicht anzunehmen ist.

Können bei dem Gerichtsstande der gelegenen Sache auch Nebenforderungen an und für sich persönlicher Natur geltend gemacht werden?

Wernz bejaht in seinem Commentar zur bayer. P.O.[58]) die Frage und bemerkt, „daß mit der Klage auf Anerkennung einer Reallast Einforderungen rückständiger Leistungen geltend gemacht werden können, ist selbstverständlich". Gerade dieser Fall ist aber in § 26 unserer Civilprozeßordnung vorgesehen.[59]) Gleichwohl ist

---

[57]) Seite 80 Anm. 6. Das kann oft vorkommen, z. B. wenn privilegirte und nichtprivilegirte Hypothekenzinsen bei dem Gerichte der gelegenen Sache, das nicht zugleich Domizilsgericht für den Beklagten ist, eingeklagt werden.

[58]) Wernz Bd. I S. 57 Nr. 5.

[59]) Der Grund liegt in der Verschiedenheit der Ansichten über die rechtliche Natur dieser Leistungen. In der Vorlage zum nordd. E. § 18 war bemerkt: „Mit der Klage auf Anerkennung einer Reallast die persönliche Klage auf rückständigen Leistungen". Man fand diese Bestimmung als in das controverse

auch für diese die Frage zu bejahen. Mit der rei vindicatio wird die Restitution der Sache cum omni causa gefordert, die Klagbitte geht dahin, daß Beklagter die Sache mit allen Früchten und Nutzungen herauszugeben habe, diese Früchte sind nur Accessorien der Hauptsache,[60]) gleichviel, ob diese eine unbewegliche oder bewegliche Sache ist. Auch bei Servituten geht die actio confessoria auf Anerkennung und Schadensersatz, beides gehört vor das forum rei sitae, es handelt sich nur um die Wirkung ein und derselben unstreitig dinglichen Klage.[61])

Wenn eine unbewegliche Sache nach den Landesgesetzen[62]) auch für die Zinsen haftet, müssen diese, soweit sich die Haftung erstreckt, bei dem Gerichtsstand der gelegenen Sache, sei es allein oder zugleich mit dem Kapitale eingeklagt werden, insofern die dingliche Klage gestellt wird, während diese Zinsen, wie die nichtprivilegirten, auch bei dem Wohnsitze des Beklagten verfolgt werden können, wenn der Richter für beide Klagen (der dinglichen wie der persönlichen) zuständig ist.[63])

Es ist nach dem Allen der Grundsatz aufzustellen: Soweit Nebenforderungen nach der Lehre des Civilrechts mit der dinglichen Hauptklage mit erstritten werden, dürfen sie als Accessorien der letzteren bei dem Gerichtsstande der gelegenen Sache geltend gemacht werden; so weit sie selbstständig geltend gemacht werden müssen und persönlicher Natur sind, gehören sie vor das Gericht des Wohnsitzes des Beklagten, soferne nicht die Ausnahme des § 26 gegeben ist.

---

materielle Recht hinübergreifend bedenklich und wurde als Auskunftsmittel das Wort „persönliche" weggelassen. Prot. z. nordd. C. S. 19 (§ 18 Nr. 2) vergl. mit Seite 50.

[60]) Puchta, Vorl. §§ 170, 172.

[61]) Puchta a. a. § 191. Die hier für die rei vindicatio und die actio confessoria angeführten Grundsätze gelten auch für das bayerische L.R. Thl. II c. II §§ 10, II c. VII § 10 Nr. 5 vergl. mit Thl. II c. I § 11. Desgl. sächs. bürg. G. §§ 532, 303.

[62]) Bayer. Hypoth.-Ges. §§ 42, 54. Sächs. bürg. G. §§ 416—418 vergl. mit sächs. Hypoth.-Ges. §§ 67 ff. Württemb. Pfandges. Art. 53, 54.

[63]) Arnold a. a. O. § 21.

In § 20 des Gerichtsverfassungsgesetzes ist bemerkt: „**Durch die Bestimmungen der §§ 18 und 19**[64]) **werden die Vorschriften über den ausschließlichen dinglichen Gerichtsstand in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nicht berührt.**“ Wenn also der Eigenthümer oder Besitzer einer Sache das Recht der Exterritorialität genießt, kann gleichwohl gegen ihn bei dem Gerichtsstande der gelegenen Sache geklagt werden.[65])

Es ist noch zu bemerken, daß die Bestimmungen über den Gerichtsstand das Reduktionsverfahren des Code civil — Art. 2159—2161 — welche nach Art. 110 des E.G. zur bayerischen Prozeßordnung vom 29. April 1869 für die bayerische Pfalz ausdrücklich aufrecht erhalten blieben, nunmehr durch § 14 des E.G. zur Civilprozeßordnung aufgehoben sind.

Die Resiliationsklagen des Code civil (Art. 1636, 1638) gehören nicht zu den Klagen des § 25, sie betreffen die Auflösung eines über eine unbewegliche Sache geschlossenen Vertrags.[66])

§ 26.

In dem dinglichen Gerichtsstande kann mit der hypothekarischen Klage die Schuldklage, mit der Klage auf Löschung einer Hypothek die Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit, mit der Klage auf Anerkennung einer Reallast die Klage auf rückständige Leistungen erhoben werden, wenn die verbundenen Klagen gegen denselben Beklagten gerichtet sind.

„mit der hypothekarischen Klage“. Die hypothekarische Klage kann als dingliche, wenn nicht die persönliche Klage damit verbunden ist, streng genommen weder gegen den Schuldner noch gegen einen Dritten auf Ueberlassung des Pfandes oder Zahlung

---

[64]) S. 114—115.

[65]) Die Zustellung der Klage an in Deutschland domizilirende nichtdeutsche Exterritoriale erfolgt aber nicht, wie Puchelt C.P.O. S. 457 Nr. 5 annimmt, nach §§ 152 ff., sondern nach den Grundsätzen von Zustellungen im Auslande. Bes. Begr. zum G.V.G. zu § 8 Abs. 2 und die Bemerkungen zu §§ 182, 183.

[66]) Prot. z. nordd. E. S. 48.

der Schuld alternativ gestellt werden. Die Praxis hat sich indessen dieser Ansicht nur zum kleinen Theile angeschlossen. Durch die Möglichkeit der Verbindung der persönlichen Klage mit der dinglichen bei dem forum rei sitae wird jeder Streit hierüber vermieden.

„auf Löschung einer Hypothek". Die Klage auf Löschung einer Hypothek ist ihrer Natur nach nichts anderes als die Klage auf Befreiung eines Grundstücks von der darauf liegenden Belastung, sie fällt also ihrem Zwecke nach mit jeder Negatorienklage zusammen und gehört vor das forum rei sitae. Dagegen ist die Klage auf Löschung der Hypothek, weil die Schuld bezahlt sei, nur eine persönliche, sie kann nur verlangen, daß der Beklagte eine die Löschung der Hypothek betreffende Erklärung beurkunden lasse und gehört daher vor das Gericht des Domizils des Beklagten.[1]) Nun kann der Grund für die dingliche Belastung wegfallen und gleichwohl die persönliche Schuld fortbestehen[2]) und der § gestattet eine Verbindung beider Klagen bei dem Gerichtsstande der gelegenen Sache, ebenso wie die Verbindung der Klage auf Anerkennung einer Reallast, unzweifelhaft einer dinglichen, mit der Klage auf rückständige Leistungen.[3])

„wenn die verbundenen Klagen gegen denselben Beklagten gerichtet sind" d. h. wenn derjenige, der Schuldner ist, auch zugleich Eigenthümer oder Besitzer des belasteten Objekts ist, oder wenn es sich um Löschung einer Hypothek handelt, wenn der Hypothekgläubiger und der persönliche Gläubiger ein und dieselbe Person sind.[4])

---

[1]) Für die Praxis in Bayern siehe E. d. O.G.H. Bd. II S. 490, Bd. V S. 658. Es entscheidet für die Dinglichkeit der Hypotheklöschungsklage das Landesrecht und die konkrete Sachlage, d. i. der Grund, warum gelöscht werden soll.

[2]) Bayer. Hypoth.-G. §§ 71 Ziff. 1, 4, 72, 79. Sächs. bürg. Ges. §§ 451, 454—456, 458—465.

[3]) S. 182—183, § 25 Abs. 2.

[4]) Prot. z. nordd. E. S. 441. Die Motive zu §§ 25—27 bemerken unter Bezugnahme auf den hannover'schen Entwurf: eine Ausdehnung der Erhebung der Klagen gegen verschiedene Personen sei durch ein praktisches Bedürfniß nicht geboten.

Ohne Relevanz ist es natürlich, wenn derselbe Beklagte eine juristische Person ist oder aus mehreren einzelnen Personen (Streitgenossen) besteht, auch steht die blose Existenz eines weiteren persönlichen Schuldners für die hypothekarisch versicherte Forderung neben dem Besitzer der Hypothekenobjekte, z. B. eines Bürgen oder Solidarschuldners, der Anwendung des § 26 nicht im Wege, nur kann natürlich dieser Dritte nicht vor dem forum rei sitae mit verklagt werden; auch muß selbstverständlich die Haftung des Beklagten eine totale sein, nicht blos die eines Miterben pro rata. Dagegen kann es keinem Anstande unterliegen, wenn nur einer der mehreren Eigenthümer der verpfändeten Sache persönlicher Schuldner ist, diesen als solchen vor dem forum rei sitae mitzubelangen.

Noch ist zu bemerken, daß einer Verbindung der persönlichen Klage mit der dinglichen Hypothekenklage nicht im Wege steht, wenn der Umfang beider ein verschiedener ist, wenn etwa mit der Schuldklage, sei es als Haupt- oder Nebenforderung, weitere Zinsen eingeklagt werden, die kein dingliches Vorzugsrecht mehr genießen, oder nur für einen Theil eines Darlehens Hypothek bestellt worden ist. Das Gesetz kennt eine Beschränkung nicht und gestattet die Verbindung im Allgemeinen. Dieselbe Frage kann umgekehrt bei der Klage auf Löschung einer Hypothek auftauchen.[5])

Auf Klagen gegen Exterritoriale findet der § keine Anwendung.

§ 27.

In dem dinglichen Gerichtsstande können persönliche Klagen, welche gegen den Eigenthümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichtet werden, sowie Klagen wegen Beschädigung eines Grundstücks oder in Betreff der Entschädigung wegen Enteignung eines Grundstücks erhoben werden.

---

[5]) Ueber die Berechnung des Werths des Streitgegenstandes der verbundenen Klagen, der hiernach für die dingliche und persönliche Klage ein verschiedener sein kann, vergl. S. 78 a. E.

„können". Der Gerichtsstand des § 27 ist ein fakultativer, wie schon in den Bemerkungen zu § 24 angeführt wurde.

„Eigenthümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solcher". Man ist einig darüber, daß unter den hier bezeichneten Klagen die s. g. actiones in rem scriptae zu verstehen sind.[1]) Es sind das diejenigen Klagen aus Obligationsverhältnissen, welche nicht streng gegen eine bestimmte Person, sondern außer gegen den Urheber einer verpflichtenden Handlung gegen Dritte, die dadurch einen Vortheil erhalten, während der Verletzte im Schaden bleibt, theils durch den Besitz gewisser Sachen, gegen den Besitzer begründet sind.[2])

Ueber die Natur und den Umfang dieser Klagen herrscht eine ziemliche Verschiedenheit in den einzelnen Ländern, und je nachdem das Landesrecht verschieden ist, muß auch die Zuständigkeit nach § 27 verschieden sein.[3]) Von den hieher gehörigen Klagen sind zu erwähnen:

1) Die actio quod metus causa, die gemeinrechtlich gegen jeden Besitzer einer abgezwungenen (unbeweglichen) Sache gerichtet ist. Bayern und Württemberg folgen dem gemeinen Rechte.[4]) In Sachsen geht die Klage gegen den dritten Besitzer nur, wenn er sich in mala fide befand oder wenn er die Sache unentgeltlich erhielt, soweit er bereichert ist und hat hierdurch ihren Charakter als in rem scripta verloren,[5]) kann also bei dem dinglichen Gerichtsstande nicht erhoben werden.

2) Die aquae pluviae arcendae actio. Sie steht gegen jeden Besitzer eines Grundstücks zu, auf welchem ein Werk wider-

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 25—27. Prot. z. hann. E. S. 439 ff. Prot. z. nordd. E. S. 48.

[2]) Sintenis, Civ.-R. Bd. I S. 250.

[3]) Nicht zu verwechseln mit der actiones in rem scriptae sind persönliche Klagen, welche aus Handlungen fließen, die der Beklagte als Besitzer des Grundstücks vorgenommen hat; für diese Klagen wird in der Regel das Gericht des Orts der Niederlassung zuständig sein. Prot. z. hann. E. a. a. O., Prot. z. nordd. E. S. 47 a. E.

[4]) v. Wächter, württemb. Priv.-R. Bd. II S. 764.

[5]) Sächs. bürg. G. §§ 850, 778. Schmidt, Vorl. Bd. I S. 113.

rechtlich errichtet ist, welches einem andern Grundstücke durch unnatürliche Leitung des Wassers schadet, auf Entfernung dieses Werks.

In Bayern darf der Eigenthümer eines Grundstücks dem darauf befindlichen Wasser keinen ein fremdes Grundstück belästigenden Lauf geben, und den natürlichen Ablauf darf der Eigenthümer des niedriger liegenden Grundstücks nicht hindern.[6]) Ebenso ist es in Sachsen.[7]) Württemberg hat gemeines Recht.[8])

3) Das interdictum quod legatorum, welches, zum Schutze eines Nachlasses gegeben, ganz einer provisorischen Vindikation gleichsteht, da der Erbe, so lange der Quartabzug noch ungewiß oder unbestimmt ist, das Retentionsrecht an dem Nachlasse hat und zu diesem Zwecke sich den gewaltsam verlorenen Besitz wieder erwirbt.[9])

4) Das interdictum quod vi aut clam findet statt, wenn Jemand, obgleich berechtigt, durch heimliche oder gewaltsame Errichtung oder Besitzergreifung unbeweglicher Sachen einen bleibenden Nachtheil zufügt und ist gegen jeden Besitzer der noch vorhandenen Sache auf Restitution gerichtet.

5) Die actio Pauliana. Gemeinrechtlich ist sie gegen den dritten Besitzer einer Sache nur unter der Voraussetzung zulässig, daß derselbe Mitwisser der fraudatorischen oder unentgeltlichen Veräußerung, um hiedurch die Gläubiger zu benachtheiligen, ist; ob auch in Bayern, wo dieselbe nach den Bestimmungen der Gerichtsordnung von 1753, Kap. XIX, § 19 zu behandeln ist,[10]) ist bestritten.[11]) Die sächsische bürgerliche Gesetzgebung[12]) schließt

---

[6]) Bayer. Ges. v. 28. Mai 1852 über Benützung des Wassers §§ 33, 34. E. d. O.G.H. Bd. V S. 216.

[7]) Sächs. bürg. Ges. §§ 354, 355. Vergl. hiezu Schmidt, Vorl. Bd. I S. 324 mit S. 258.

[8]) Lang, Handb. d. württ. Sachenr. S. 441 vergl. mit S. 343 ff.

[9]) Vergl. Bayer. L.R. Thl. III c. VI § 14 Nr. 8.

[10]) Bl. f. R.A. Bd. II S. 378, Bd. IX S. 209.

[11]) E. d. O.G.H. Bd. VI S. 200. Bl. f. R.A. Erg.-Bd. zu Bd. XXXI S. 300.

[12]) Sächs. bürg. Ges. §§ 1509—1518. Schmidt, Vorl. Bd. II S. 59 ff. Sie ist zulässig bei unentgeltlicher Veräußerung oder wenn der Em-

sich gleichwie das württemberger Recht[13]) im Allgemeinen den Bestimmungen des gemeinen Rechts an.

6) Wie erwähnt,[14]) ist die Ansicht über die Natur der Reallasten eine verschiedene.[15]) Nimmt man an, daß die Klage gegen den Besitzer des Grundstücks auf eine persönliche Leistung desselben gerichtet ist, so erscheint die Klage auf rückständige Leistungen (ohne Verbindung mit der Klage auf Anerkennung der Reallast) als actio in rem scripta.

7) Nach bayerischem Rechte hat der Gläubiger gegen jeden Besitzer eine actio in rem scripta auf Eintragung einer Hypothek, wenn eine Vormerkung im Hypothekenbuche eingetragen war und das zur Zeit der Vormerkung dem Eintrage entgegenstehende Hinderniß rechtzeitig gehoben ist.[16]) Ebenso in Sachsen[17]) und in Württemberg.[18])

„Klagen wegen Beschädigung eines Grundstücks". Auch hier ist der Ausdruck Grundstück in juristischem Sinne, nach den Bestimmungen des Landesrechts, gebraucht; es gehört daher zu einem Grundstück, was das Landesrecht als Pertinenz erklärt. Deßhalb fallen Klagen wegen Ueberackern ebenso gut unter den § als Klagen wegen Beschädigung der Früchte auf dem Halme, der Bäume eines Waldes, durch Graben von Sand und Steinen u. dgl. Selbst Klagen wegen Wildschaden sowie wegen Weiden von fremden Thieren sind nicht ausgeschlossen.[19]) Auch Be-

---

pfänger handlungsunfähig oder beschränkt handlungsfähig ist, auch wenn der Empfänger die fraudatorische Absicht des Schuldners nicht kannte.

[13]) Einführungsges. zum H.G.B. § 52.

[14]) S. 183, 184, Anm. 59.

[15]) Nach württemberger Recht ist die einzelne verfallene Leistung lediglich Schuld desjenigen, welcher Besitzer des Grundstücks war in dem Augenblicke, da die Leistung verfiel. Wächter, Erörterung H. I S. 127 ff.

[16]) E. d. O.G.H. für Bayern in den Bl. f. R.A. Bd. XVIII S. 409 und Bd. XXIII S. 366.

[17]) Sächs. bürg. G. §§ 404—406.

[18]) Württ. Pf.G. Art. 79. Pf.Entw. Ges. Art. 71.

[19]) Durch Graben auf eigenem Grund und Boden kann keine widerrechtliche Beschädigung der nachbarlichen Grundstücke entstehen, so lange nicht cautio de damno infecto verlangt wird.

schädigung an Häusern fallen unter die Beschädigung eines Grundstücks (praedium urbanum), ebenso Beschädigungen der Flußufer durch Schiffe oder Flöße.[20]) Ebenso gehören hieher Beschädigungen, welche in Folge des Bergbaues dem Grundeigenthümer oder dessen Zubehörungen zugefügt werden. Das Gesetz unterscheidet auch nicht zwischen dolosen und culposen Beschädigungen.

„wegen Enteignung eines Grundstücks". Das Gesetz meint hiemit, wie aus § 15 Ziff. 2 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung hervorgeht, die von den einzelnen Bundesstaaten verschieden geregelten Expropriationen. Der § bezieht sich übrigens nur auf Streitigkeiten wegen der Entschädigungen, nicht auf Streitigkeiten wegen der Expropriation, denn diese sind in der Regel administrativer Natur.[21])

Hiezu bestimmt § 15 Nr. 2 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung:

„Unberührt bleiben

2. die landesgesetzlichen Vorschriften über das Verfahren bei Streitigkeiten, welche die Zwangsenteignung und die Entschädigung wegen derselben betreffen.

Unter „Verfahren" wird hier das Verfahren im engeren Sinne verstanden. Wenn § 15 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung von landesgesetzlichen Vorschriften über das Verfahren spricht, so begreift er hierunter die Bestimmungen über den Gerichtsstand, über die Aufhebung und den Vollzug der erkannten Maßregeln.[22]) Es bleiben daher aufrecht erhalten die Bestimmungen

---

[20]) Bayer. Ges. v. 28. Mai 1852, die Benützung des Wassers betr., Art. 69.

[21]) Die Motive zu § 15 des E.G. z. C.P.O. bemerken hiezu: „In so weit Streitigkeiten, welche die Zwangsenteignung und die Entschädigung wegen derselben betreffen, nach den Gesetzen vor anderen Behörden, als den bürgerlichen Gerichten ausgetragen werden müssen, findet auf das Verfahren in Gemäßheit der Vorschrift des Gerichtsverfassungsgesetzes § 13 (siehe S. 9) die C.P.O. keine Anwendung."

[22]) Begr. zu § 15. d. E.G. z. C.P.O. Hier ist noch bemerkt: „Aber auch so weit der ordentliche Rechtsweg vor den bürgerlichen Gerichten statthaft,

des bayerischen Expropriationsgesetzes vom 17. November 1837 mit dem dazu gehörigen Art. 6 des Einführungsgesetzes zur bayerischen Prozeßordnung vom 29. April 1869[23]) mit der Modifikation, daß an die Stelle des Bezirksgerichts künftig ein Landgericht tritt, dann die in dem Wassergesetze vom 28. Mai 1852 und dem Bewässerungsgesetze vom 28. Mai 1852 deßfalls getroffenen Bestimmungen.

Auch § 27 kann bei Klagen gegen Exterritoriale nicht angewendet werden.

§ 28.

Klagen, welche Erbrechte, Ansprüche aus Vermächtnissen oder sonstigen Verfügungen auf den Todesfall oder die Theilung der Erbschaft zum Gegenstande haben, können vor dem Gerichte erhoben werden, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

In dem Gerichtsstande der Erbschaft können auch Klagen der Nachlaßgläubiger aus Ansprüchen an den Erblasser oder die Erben als solche erhoben werden, wenn sich der Nachlaß noch ganz oder theilweise im Bezirke des Gerichts befindet, oder wenn mehrere Erben vorhanden sind und der Nachlaß noch gar nicht getheilt ist.

Der zweite Absatz dieses § ist nur eine Consequenz des Rechtssatzes, daß die hereditas jacens die Person des Erblassers repräsentirt, wie überhaupt die Civilprozeßordnung in § 28 den allgemeinen Gerichtsstand des Erblassers, nach dessen Tode fortgesetzt durch die hereditas jacens, mit einem besondern, dem gemeinen Rechte fremden Gerichtsstand des Nachlasses verschmolzen

---

besteht in den einzelnen deutschen Staaten ein durchaus abweichendes Verfahren, welches mehr oder minder durch das die Expropriation beherrschende öffentliche Recht beeinflußt ist, und darum auch fernerhin, in einzelnen Punkten wenigstens, von der gewöhnlichen Prozedur abweichend wird erhalten werden müssen."

[23]) In der Begründung zu § 15 des E.G. z. C.P.O. ist besonders auf beide hingewiesen.

hat. Allerdings muß hiebei der Grundsatz, „daß der Gerichtsstand der hereditas jacens mit dem Antritte der Erbschaft sein Ende erreicht,“ unberücksichtigt bleiben.

„Klagen, welche Erbrechte“. Da das Gesetz eine Spezialisirung vermieden hat, gehören hieher alle das Erbrecht betreffende Klagen,[1]) also namentlich auch die hereditatis petitio.[2]) Um für die hereditatis petitio den Gerichtsstand einem pro possesore Besitzenden zu ermöglichen, wurden schon bei Berathung des norddeutschen Entwurfs die Worte „welche die Erbfolge“, die im correspondirenden § 25 des preußischen Entwurfs und § 19 des hannover'schen Entwurfs enthalten waren, in die Worte „welche Erbrechte“ abgeändert.[3]) Unzuständig dagegen ist das Gericht des Nachlasses bei Klagen wegen der Succession in Güter, welche von die Universalsuccession ausgeschlossen sind (Lehen, Stammgüter, Familienfideikommisse, Bauerngüter).[4]) Ebenso wenig können in dem Gerichtsstande des Nachlasses Forderungen der Erben gegen Miterben, welche Schuldner der Erbmasse sind, geltend gemacht werden; es steht den Erben nur das Recht zu, derartige Forderungen am Domizilsgerichte des Schuldners einzuklagen, denn diese Forderungen gehören zwar zur Erbschaft, aber nicht zur Theilungsmasse, und können den Antheil des schuldenden Miterben an dieser weit übersteigen.

„die Theilung der Erbschaft“ d. h. der Erbschaft im Ganzen, im Gegensatze zum theilweisen Nachlasse des Absatz 2 des §.

Auch wenn die Erbschaft ganz oder zum Theile aus Immobilien besteht, ist nicht das forum rei sitae zuständig. In den Motiven zu § 28 ist bemerkt: „Die Bestimmungen des hannoverschen Entwurfs § 19 Abs. 4 und Württemberg Art. 48 Abs. 3, welche den ausschließlichen Gerichtsstand der belegenen Sache gegenüber demjenigen der Erbschaft reserviren, sind schon bei

---

[1]) Das interdictum quod legatorum kann vor dem Gerichte der gelegenen Sache erhoben werden, vgl. § 27 Nr. 3. Es betrifft kein Erbrecht.

[2]) A. M. Siebenhaar, Comm. z. C.P.O. S. 67 Anm. *.

[3]) Prot. z. nordd. E. S. 51.

[4]) Bes. Begr. d. E. zu § 28.

Berathung des norddeutschen Entwurfs — Prot. S. 52 — absichtlich übergangen. Ohne Gefahr der Zersplitterung des Theilungsverfahrens lassen sich die unbeweglichen Sachen, welche der Universalsuccession unterliegen, der Verfügung des Erbschaftsgerichts nicht entziehen." Der § 25 steht dieser Ansicht der Motive auch nicht entgegen, denn die dort erwähnten Theilungsklagen beziehen sich nur auf eine res singula.[5]) Bei Berathung in der Justizkommission erfolgte eine Beanstandung der Motive nicht, vielmehr wurde sogar beabsichtigt, statt das forum rei sitae umgekehrt das forum hereditatis obligatorisch zu machen.[6]) Aber nur, wenn es sich um Erbansprüche handelt, ist das Forum des Nachlasses zuständig. Wenn ein Erbe von einem Erbschaftsprätendenten, der Besitzer ist, ein Grundstück verlangt, ist das Gericht des Nachlasses zuständig, verlangt er es von einem andern Besitzer, so tritt das forum rei sitae ein.[7]) Dagegen ist für Absatz 1 des § wiederum gleichgültig, ob die Erbschaftsmasse ganz oder theilweise oder überhaupt im Bezirke des Gerichts, wo der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand hatte, liegt. Nur der Ort des allgemeinen Gerichtsstandes entscheidet für die Zuständigkeit.

„können — erhoben werden". Auch die Zeit zur Geltendmachung der Ansprüche der Erben und Vermächtnißnehmer ist nicht, wie dieß nach Absatz 2 des § der Fall ist, beschränkt, abgesehen natürlich von der Verjährung der Klagen.

Das Gericht des Nachlasses ist für Streitigkeiten der Erben unter sich oder der Vermächtnißnehmer mit Erben auch nach Vertheilung des Nachlasses noch zuständig. Das Wort „können" deutet an, daß der Gerichtsstand ein fakultativer ist.

„den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat". Der allgemeine Gerichtsstand einer Person ist der des Wohnsitzes (§ 13). Das Gesetz schließt aber einen andern allgemeinen Gerichtsstand und namentlich den abgeleiteten nicht aus; es sind hier die Bestimm-

---

[5]) Vergl. S. 176—177.

[6]) Prot. d. J.K. S. 10.

[7]) **Barth**, Comm. z. bayer. P.O. Bd. I S. 232.

ungen der §§ 13—18 maßgebend.[8]) Es tritt z. B. der abgeleitete Gerichtsstand ein nach dem Tode eines außerehelichen Kindes, das von seiner Mutter beerbt wird, wenn diese klagen muß. Hier ist der allgemeine Gerichtsstand der Mutter auch das forum hereditatis.[9]) Wenn der Erblasser mehrere Wohnsitze hatte, so ist das Gericht am Orte eines jeden Wohnsitzes das nach § 28 zuständige Gericht.

Der Gerichtsstand kann auch bei einem Obergerichte begründet sein, wenn der Erblasser bei einem solchen seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte, das in diesem Falle ausnahmsweise Gericht I. Instanz ist.[10]) Dann treffen die Bestimmungen des § über den Bezirk des Gerichts „den Bezirk des Obergerichts."

„Klagen der Nachlaßgläubiger". Man kann nicht behaupten, daß als Konsequenz des Grundsatzes, daß der Gerichtsstand des § 28 dem des § 25 prävalirt, hier auch Klagen zugelassen werden müssen, welche an und für sich ohne Rücksicht auf die Verlassenschaft unter den § 25 zu subsumiren wären. Für Absatz 2 des § paßt der Grund der Unterordnung des § 25 unter den § 28 nicht. Für die in § 28 Abs. 2 bezeichneten Klagen besteht der § 25 in seiner vollen Ausdehnung.

„oder die Erben als solche". Ansprüche an die Erben als solche sind diejenigen, die nach dem Tode des Erblassers an die ungetheilte Erbschaftsmasse, z. B. durch Verträge der Erben als solcher, über Aufbewahrung von Erbschaftsgegenständen und hierauf erwachsene Kosten entstanden sind.[11]) Der Gerichtsstand besteht demnach nicht für Klagen aus Privatrechtstiteln gegen einzelne Erben, selbst wenn der Grund zur Klage erst zu der Zeit entstanden ist, als der Verpflichtete schon Erbe geworden war.

„Klagen der Nachlaßgläubiger". Hieher gehört auch die Klage nach der preuß. Ger.-Ordn. Thl. I Tit. 51 §§ 70,

---

[8]) Es ist also das letzte Domizil des Erblassers ohne Einfluß auf den Gerichtsstand, wenn es nicht selbst diesen begründet.

[9]) Vergl. die Bemerkungen zu § 17 S. 134.

[10]) § 12 S. 108.

[11]) Bes. Begr. d. E. zu § 28.

71 gegen den Benefizialerben auf Entziehung der Nachlaßverwaltung.[12])

„sich noch ganz oder theilweise im Bezirke des Gerichts befindet". Gegenüber den Erbschaftsgläubigern ist die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts auf die im § bestimmte Zeit beschränkt, und zwar wird unterschieden, ob ein oder mehrere Erben vorhanden sind. In ersterem Falle wird vorausgesetzt, daß der Nachlaß ganz oder theilweise sich noch im Bezirke des Gerichts befindet. Damit ist ausgesprochen, daß die Erbschaftsgläubiger überhaupt gegenüber einem einzigen Erben von dem Gerichtsstande des § 28 keinen Gebrauch machen können, wenn sich kein Theil des Nachlasses in dessen Bezirk befindet, während das Gericht, wie erwähnt, auch ohne diese Voraussetzung für die in Abs. 1 des § aufgeführten Klagen zuständig ist.

„im Bezirke des Gerichts befindet". Mit diesen Worten ist der faktische Aufenthalt des Nachlasses oder eines Theils desselben im Bezirke des Gerichts gemeint, nicht aber der Fall, daß ein Erbe, der sich zufällig im Gerichtsbezirke befindet, einen ihm überwiesenen Theil besitzt. Es geht dieß schon aus dem Gegensatze „sich theilweise im Bezirke des Gerichts befindet" und „noch nicht getheilt ist", hervor. In den Motiven zu § 28 ist darauf hingewiesen, daß dieser § auch mit § 19 des hannover'schen Entwurfs übereinstimme. Bei dessen Berathung bestand aber gar kein Zweifel, daß unter dem „Befinden im Gerichtsbezirke" das faktische Verbleiben im Bezirke des Nachlasses zu verstehen ist.[13]) Der Gerichtsstand soll zum Schutze der inländischen Nachlaßgläubiger gegen ausländische Erben eines inländischen Erblassers dienen.[14]) Der Gerichtsstand ist demnach beispielsweise begründet, wenn der Erbe die Nachlaßmasse veräußert hat und nur ein, wenn auch unbedeutendes Grundstück im Bezirke des Nachlaßgerichts noch sein Eigenthum ist.[15]) Der Gerichtsstand des § 28

[12]) Vergl. am Schlusse des §.

[13]) Prot. z. hann. E. S. 435, 460 ff., 491, 496 ff.

[14]) Bes. Begr. d. E. zu § 28.

[15]) Eine beantragte Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesent-

wird für die Nachlaßgläubiger dadurch nicht ausgeschlossen, daß, wenn nur ein Erbe vorhanden ist und dieser die Erbschaft unbedingt angetreten hat, diesem die Nachlaßmasse durch Gerichtsbeschluß überwiesen wurde, oder wenn ein solcher Beschluß nach den Landesgesetzen nicht nöthig ist, sich sofort in den Besitz setzte, oder eine Fusion eingetreten ist. Das faktische Vorhandensein von Gegenständen der Nachlaßmasse soll den Gläubiger schützen. Hat aber der Erbe diese gänzlich versilbert, dann hört der Gerichtsstand auf.

„der Nachlaß noch nicht getheilt ist". Die Klage der Erbschaftsgläubiger gegen mehrere Erben bei dem Gerichtsstande des § 28 hängt davon ab, daß der Nachlaß noch nicht getheilt ist. Ist darunter eine formelle Theilung zu verstehen — durch die Erben oder das Gericht unter sich — oder spricht der § von einer reellen Theilung? Die Frage wurde bei Berathung des hannover'schen Entwurfs angeregt, aber nicht entschieden.[16]) Wenn man bedenkt, daß die Bestimmung zum Schutze der Nachlaßgläubiger gegeben ist, daß diese an und für sich besser zu stellen sind als die Vermächtnißnehmer, da Erstere nur einen Rechtsnachtheil von sich abwenden wollen, während Letztere einen Gewinn erzielen wollen,[17]) muß man sich wohl für die den Nachlaßgläubigern günstigere Ansicht, daß das Gesetz hier eine reelle Theilung voraussetzt, entscheiden. Uebrigens ist die Frage, wenn der Nachlaß als getheilt zu betrachten ist, dahin zu beantworten: „wenn das Verlassenschaftsgericht oder die Erben nichts mehr zu vertheilen haben". Der Gerichtsstand des § 28 ist demnach ausgeschlossen, wenn von mehreren Erben, z. B. minderjährigen Kindern, die Erbtheile beisammen bleiben, während andere Erben ihren Theil hinausbekommen haben, dagegen besteht der Gerichtsstand des § 28 noch, wenn die Erben die vorhandenen Mobilien

---

lichen Bestandtheilen des Nachlasses wurde von der hannov. Prozeßkommission abgelehnt. Prot. z. hann. E. S. 480.

[16]) Prot. z. hann. E. S. 156 ff.

[17]) Vergl. Prot. z. hann. E. a. a. O.

unter sich getheilt haben, bezüglich der Immobilien aber eine Vertheilung noch aussteht.

Es kommen viele Nachlaßsachen vor, in welchen die Erben ohne irgend eine gerichtliche Einmischung unter sich die Erbschaftsmasse vertheilen. Hier ist die Theilung vollzogen, wenn die Erben in den Besitz ihres Antheils gelangt sind. Anders kann sich aber auch die Sache bei einer gerichtlichen Behandlung einer Verlassenschaft nicht gestalten. Wenn auch hier ein Vertheilungsplan entworfen und allseitig genehmigt ist, so liegt hierin doch keine Vertheilung, sondern nur eine Vorbereitung zu einer solchen. Erst mit der Besitzergreifung ist der Nachlaß vertheilt. Damit hört auch der Gerichtsstand selbst in dem Falle auf, daß die Vertheilung des Nachlasses ohne Benachrichtigung der Nachlaßgläubiger erfolgte.[18]) Diese haben nach der Entfernung, beziehungsweise Vertheilung des Nachlasses dem Gerichtsstande des Wohnorts der Erben in ganz gleicher Weise zu folgen, wie einem veränderten Domizil des Erblassers.[19]) Zu bemerken ist noch, daß der § aus dem Nürnberger Entwurfe eines Rechtshülfegesetzes stammt, mit dessen § 9 er zusammenfällt und daß bei Berathung des letzteren ausdrücklich anerkannt wurde, daß durch denselben die Frage, nach welchem materiellen Rechte die Verlassenschaft eines Erblassers zu beurtheilen sei, nicht berührt werde.[20])

§ 15 Ziff. 3 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung bestimmmt:

„Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über das erbschaftliche Liquidationsverfahren.“

Diese Bestimmung umfaßt nicht nur das gerichtliche Verfahren, sondern auch den bisherigen Gerichtsstand und bezieht sich nicht blos auf den erbschaftlichen Liquidationsprozeß der preußischen Gerichtsordnung, sondern namentlich auch auf das

---

[18]) Die entgegenstehende Bestimmung des preuß. L.R. Thl. I Tit. 17 § 132 ist durch die Civilprozeßordnung beseitigt.

[19]) Bes. Begr. d. E. a. a. O. Prot. z. Nürnb. E. S. 65. Prot. z. hann. E. S. 490, 492.

[20]) Prot. z. nordd. E. S. 65—66.

württembergische Offizialverfahren zur Auseinandersetzung des Nachlasses beim Gebrauch der Rechtswohlthat des Inventars.[21]) Deßhalb bleiben aber für das Gebiet des preußischen Landrechts in Bayern die Art. 51—56 des Einführungsgesetzes vom 29. April 1869 zur bayerischen P.O. nicht unverändert aufrecht erhalten. Art. 51 betrifft keine Regelung des Liquidationsverfahrens selbst, sondern nur Fälle, in denen aus Veranlassung desselben auf Konkurs zu erkennen ist, eine Erweiterung des Art. 1175 der bayer. P.O., welcher durch § 95 der Konkursordnung unzweifelhaft aufgehoben ist und fällt deßhalb § 51 hinweg. Damit modifizirt sich auch Art. 55 Abs. 2 der E.G. zur bayer. P.O., indem die darin vorgeschriebene Anzeige jedenfalls zwecklos wird, während Abs. 1 l. c. durch § 15 des E.G. zur C.P.O. am Schlusse[22]) regulirt wird.

Fraglich ist, ob nicht das Bezirksgericht (künftig Landgericht) des § 52 des E.G. zur bayerischen P.O. ein für jeden Erbfall ganz bestimmtes ausschließendes Forum bildet, wie das des Art. 1177 Abs. 3, 4 der bayerischen P.O. Die Klage aus der preuß. G.O. Thl. I Tit. 51 §§ 70, 71 gehört nach bayerischem Rechte insofern nicht zu den Klagen des § 28, als für diese kein Wahlrecht besteht, wie für die Klagen des § 28.

§ 52 des E.G. zur bayer. P.O. vom 28. April 1869 sagt: „Auf die Klage kommen die Vorschriften der neuen Prozeßordnung zur Anwendung." Diese neue (bayerische) Prozeßordnung wird aber durch die deutsche Civilprozeßordnung ersetzt, so daß das Verfahren im engeren Sinne sich auch nach dieser richten muß. Ein „besonderes Verfahren" hiefür gibt es in Bayern nicht.

Es ist noch der Schlußsatz des § 15 des E.G. zur C.P.O. hier anzuführen. Derselbe lautet:

„Entstehen in einem unter Nr. 3 bezeichneten Verfahren Rechtsstreitigkeiten, welche in einem besonderen Prozesse zu erledigen sind, so erfolgt die Erledigung nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung und dieses Gesetzes."

---

[21]) Bes. Begr. d. Einführungsges. z. C.P.O. § 15 Nr. 3 (§ 12 d. Entw.)

[22]) Siehe die Bemerkung zu diesem § a. E.

„welche in einem besonderen Prozesse zu erledigen sind." Dahin gehört die Klage gegen den Benefizialerben auf Entziehung der Nachlaßverwaltung nicht, wohl aber Streitigkeiten über die Richtigkeit angemeldeter Forderungen u. dgl.

§ 29.

Für Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags, auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen, sowie auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung ist das Gericht des Orts zuständig, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist.

„Feststellung des Bestehens eines Vertrags". Wie schon öfter bemerkt, wollte die Civilprozeßordnung mit einzelnen nothwendigen Ausnahmen keine civilrechtliche Bestimmungen, also auch da kein Klagerecht auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags geben, wo solches civilrechtlich nicht existirt.

Unter „Vertrag" sind die Quasikontrakte hier nicht zu verstehen.[1]) Schon die Worte: „auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen", dann die mit einem vereinbarten Vertrage — im Gegensatze zum Quasikontrakte — im engsten Zusammenhange stehenden Worte „streitige Verpflichtung" schließen die Anwendbarkeit des § auf die Quasikontrakte aus, auf diese passen sie absolut nicht.[2])

„auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen". Der Grund der Aufhebung ist ohne Einfluß auf die Zuständigkeit, die Resciffionsklage fällt ebenso gut unter den § wie die Klage wegen Nichtigkeit.

---

[1]) A. M. Puchelt, C.P.O. zu § 29 Bem. 3 Abs. 3.

[2]) Schmitt, Bd. I S. 304, allerdings auf Grund des Wortlautes des nicht ganz gleichen § 23 der bayer. P.O. Auch bei Berathung des hannoverschen Entwurfs, dessen § 20 im Allgemeinen mit § 29 übereinstimmt, dachte man nicht im Entferntesten an die Quasikontrakte. Prot. z. hann. E. S. 463 bis 478. — Ueber die Präjudicialincidentklage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags vgl. zu § 231.

Die Zuständigkeit für die Vertragsaufhebungsklage mußte besonders mit Rücksicht auf Art. 1184 des Code civil und den gleichen Satz des badischen Landrechts erfolgen, welche in der Praxis dahin angewandt werden, daß auf Entschädigung nicht ohne gleichzeitige Aufhebung des Vertrags geklagt werden kann.[3]) Es macht übrigens keinen Unterschied, ob die erhobene Klage als actio directa oder contraria in Betracht kommt, ebenso ist absichtlich in das Gesetz keine Bestimmung darüber aufgenommen, daß es von Einfluß sein soll, ob der Erfüllungsort vertragsmäßig festgesetzt ist oder nicht, ob er in der Natur der Sache liegt[4]) oder durch Gesetz bestimmt ist;[5]) ebenso ist der Ort des Vertragsabschlusses ohne Einfluß auf die Zuständigkeit.

„wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist". Die Civilprozeßordnung hat sich hier für das Prinzip entschieden, daß eine Forderung da ihren Sitz habe, wo sie zu erfüllen sei.[6]) Im Entwurfe war statt des angeführten Satzes gestanden: „wo der Vertrag von dem Beklagten zu erfüllen ist," obschon bei Berathung der früheren Entwürfe darauf aufmerksam gemacht worden war, daß die Worte „von dem Beklagten" überflüssig seien, auch enthielt die Vorlage für die hannover'sche Kommission diese Worte nicht.[7])

Der Antrag auf Streichung der Worte „durch den Beklagten" wurde angenommen und zwar salva redactione, weil es vorkomme, daß derjenige, der einen Vertrag zu erfüllen habe, um den es sich handle, Kläger sei, namentlich, wenn auf Aufhebung oder Nichtbestehen eines Vertrags geklagt werde.[8]) Wie aber die Redaktionskommission dazu kam, das Wort „Vertrag" durch „streitige Verpflichtung" zu ersetzen, ist aus den Verhandlungen

---

[3]) Prot. z. Nürnb. E. S. 55. Bes. Begr. d. E. zu § 29.

[4]) Wie beispielsweise die Tradition einer unbeweglichen Sache.

[5]) Ein Beispiel bietet Art. 324 des A.D.H.G. Bes. Begr. d. E. a. a. O. Prot. z. hann. E. a. a. O.

[6]) § 24 Anm. 13.

[7]) Prot. z. hann. E. S. 468 a. E. S. 4811.

[8]) Prot. d. J.K. S. 11.

nicht ersichtlich und deßhalb wohl die Annahme gerechtfertigt, daß die Redaktionskommission eine den Sinn des Gesetzes betreffende Aenderung doch wohl nicht vornehmen wollte, unter dem „streitige Verpflichtung“ nichts anderes zu verstehen ist, als „Vertragsgegenstand“, daß die Worte „wo der Vertrag zu erfüllen ist“ auf den ersten Satz des § „Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens“ nicht recht passen, und man deßhalb bemüht war, einen für den ganzen Inhalt des § sich eignenden Schlußsatz zu finden.[9]) Wo ein Vertrag zu erfüllen ist, lehrt das bürgerliche Recht. Auch die Geldzahlung kann auf einer Vertragsbestimmung beruhen und fällt dann unter den §, so daß, wenn dem Berechtigten vertragsmäßig das Geld zu bringen ist, dieser bei seinem eigenen Gerichtsstande des Domizils klagen kann,[10]) gerade so wie dieß der Fall ist, wenn der Kläger, der die Aufhebung des Vertrags verlangt, selbst an seinem Domizile zu erfüllen hat.

Der Erfüllungsort kann aber nach Umständen ein sehr verschiedener sein. So können für verschiedene Leistungen in einem Vertrage verschiedene Erfüllungsorte bestimmt sein, was oft bei zweiseitigen Verträgen vorkommen wird. In solchen Fällen be-

---

[9]) Bei Berathung des hier einschlägigen § 5 des Nürnberger Entwurfs eines Rechtshülfegesetzes wurde Vertragsobjekt und Leistung als gleichbedeutend gebraucht; Prot. z. Nürnb. E. S. 56 zu § 13. Ebenso bemerkt Schmitt Bd. I S. 304, daß Voraussetzung des forum contractus ein Vertrag auf Leistung, welcher Art immer, oder von Arbeit sei. „Verpflichtung“ ist in keinem anderen Sinne aufzufassen.

[10]) Bei Berathung des hannover'schen Entwurfs wurde behufs Einschränkung des Gerichtsstandes des Vertrags darauf hingewiesen, auch das A.D.H.G. sei von der Auffassung ausgegangen, daß der Erfüllungsort keineswegs immer einen Gerichtsstand begründe, indem es in Art. 325 Abs. 2 die Bestimmung aufgenommen habe, daß die unmittelbar vorgehenden Vorschriften über den Ort, an welchem Geldzahlungen zu leisten seien, ohne Einfluß auf den Gerichtsstand des Vertrags bleiben sollten. Prot. z. hann. E. S. 472. 4813—4814. Das A.D.H.G. wollte damit aber nur ausschließen, daß der Schuldner nicht an jedem Wohnorte eines Gläubigers verklagt werden könne (Prot. der Nürnberg. Com. zur Berath. d. H.G.B. S. 1071), aber nicht bestimmen, daß, wo vertragsgemäß an einem Orte eine Geldzahlung stattzufinden hat, dieß ohne Einfluß auf den Gerichtsstand sein solle. Auch für Art. 325 des A.D.H.G. besteht also der § 29,

stehen so viele Gerichtsstände des Vertrags, als Erfüllungsorte vorhanden sind; allerdings eignen sich hier Klagen auf Erfüllung sowie auf Entschädigung wegen Nichterfüllung nur für die Gerichte des Orts, wo der Beklagte zu erfüllen hatte.[11]) Dasselbe Verhältniß waltet ob bei dem Vorhandensein von alternativen Erfüllungsorten.

Daß der Beklagte im Bezirke des nach § 29 zuständigen Gerichts anzutreffen ist, wird nicht erfordert. Schon der preußische Entwurf von 1864 hat diese der gemeinrechtlichen Praxis nach erforderliche Bestimmung fallen lassen, weil durch diese dem zu belangenden Kontrahenten die Möglichkeit gegeben ist, sich auf alle Fälle dem Gerichtsstand des Vertrags zu entziehen.[12]) Für das forum contractus muß auch die Anwendung des § 36 Nr. 3 ausgeschlossen bleiben, insofern nicht für verschiedene Streitgenossen ein verschiedener Erfüllungsort besteht.

Durch Veränderung des Domizils des zur Vertragserfüllung Verpflichteten, wenn dieser an seinem Wohnorte zu erfüllen hat, wird der Gerichtsstand selbst nicht verändert; er besteht fort ohne Rücksicht auf die Domizilsänderung der Kontrahenten, kann aber mit dem Gerichtsstande des Wohnorts elektiv konkurriren.

§ 30.

Für Klagen aus den auf Messen und Märkten, mit Ausnahme der Jahr- und Wochenmärkte, geschlossenen Handelsgeschäften (Meß- und Marktsachen) ist das Gericht des Meß- oder Marktortes zuständig, wenn die Erhebung der Klage erfolgt, während der Beklagte oder ein zur Prozeßführung berechtigter Vertreter desselben am Orte oder im Bezirke des Gerichtes sich aufhält.

„auf Messen und Märkten“. Hierunter sind alle von größerer Ausdehnung und an Orten von größerer Bedeutung zu

---

[11]) Prot. z. hann. E. S. 466; Wernz Bd. I Nr. 4.

[12]) Motive zu § 19 des preuß. Entw.

verstehen,[1]) es fallen daher die in einzelnen Städten vorkommenden größeren Vieh- und Pferdemärkte darunter.[2])

„mit Ausnahme der Jahr- und Wochenmärkte". Dieser Zusatz stammt aus der Berathung des norddeutschen Entwurfs; man wollte die ausschließlich in das Gebiet des Marktverkehrs fallenden Jahr- und Wochenmärkte ausschließen.[3]) Es sind also die regelmäßig wiederkehrenden Messen in kleinen Städten sowie die bei Kirchweihen u. dgl. auf dem Lande stattfindenden Jahrmärkte unter § 30 nicht zu subsumiren.

„aus geschlossenen Handelsgeschäften". Es ist also nicht blos für Klagen aus dem Kaufe die Zuständigkeit des Meß- oder Marktgerichts gegeben, es ist dieses vielmehr zuständig für alle die Gegenstände der Messe betreffenden Handelsgeschäfte wie für Forderungen der Unterkäufer für Vermittlung solcher Geschäfte.

Das Handelsgeschäft muß aber während der Messe abgeschlossen worden sein; Handelsgeschäfte vor Beginn oder nach Schluß der Messe, wenngleich am Orte derselben abgeschlossen, fallen nicht unter den §, wenn es auch, wie bei Berathung des norddeutschen Entwurfs bemerkt wurde, nicht darauf ankommt, ob die Messe bereits ein- oder ausgeläutet gewesen sei.[4])

---

[1]) Der Vertreter des Bundesraths von Amsberg erklärte, es handle sich um große Märkte, welche an Verkehrscentren (Leipzig, Berlin, Braunschweig, Frankfurt a. O.) stattfinden, wo Landgerichte sind. Prot. der J.K. S. 175. Daraus kann natürlich nicht gefolgert werden, daß der Gerichtsstand nicht Platz greift, wenn sich am Orte der Messe nur ein Amtsgericht oder überhaupt kein Gericht befindet. Siehe am Schlusse.

[2]) Prot. z. nordd. E. S. 2288 wurde auf die wichtigen Wollmärkte Preußens hingewiesen. Man berief sich darauf, daß hier sich sogar Handelsusancen ausbildeten, und bezog sich auf § 70 der Gew.-Ordn. v. 21. Juni 1869.

[3]) Prot. z. nordd. E. S. 2289.

[4]) Prot. z. nordd. E. a. a. O. Es soll nur darauf ankommen, ob die Messe nach dem Sprachgebrauche des Verkehrs wirklich besteht. S. 2286 wurde angeführt, Geschäfte gewisser Zweige, z. B. in Leipzig des hessischen Rauchwaarengeschäftes, des griechischen Geschäfts und des Nouveautés-Geschäftes würden in der Regel einige Wochen vor oder nach der eigentlichen Messe geschlossen.

„Meß- und Marktsachen". Die Klage muß sich auf einen Gegenstand beziehen, der auch Gegenstand der Messe und des Marktverkehrs selbst ist. Durch das Wort „auf" (Messen) sollen die Geschäfte ausgeschlossen werden, welche nur während der Messe und nicht im Meßverkehr geschlossen sind.[5]) Wer auf einem großen Pferdemarkte oder der Leipziger Ledermesse eine Uhr kauft und wegen dieser mit dem Verkäufer in Streit geräth, kann auf Grund des § 30 dort weder klagen noch verklagt werden.

„wenn die Erhebung der Klage". Von diesen Worten an ist der § neu gegen den Entwurf. Bei der Berathung wurde lediglich salva redactione der Zusatz angenommen, „so lange der Beklagte oder dessen geschäftsführende Vertreter an diesem Orte sich aufhält", wobei der Antragsteller (Bähr) bemerkte, er halte dafür, daß diese Fassung den Intentionen der Regierungsentwürfe entspreche, was sicher nicht der Fall ist, abgesehen davon, daß der Vertreter des Bundesraths, v. Amsberg, dieser Fassung entgegen trat.[6]) Aus diesem Zusatz hat die Redaktionskommission die jetzige vom Reichstage angenommene Fassung gefertigt und ist hiebei unzweifelhaft weit über eine redaktionelle Aenderung hinausgegangen, denn der Sinn des § ist nunmehr ein anderer.

„so lange"[7]) ist von dem „während" durchaus verschieden. Die Worte „so lange" sollen den Aufenthalt des Beklagten zur Zeit der Messe und vor der Abreise des Beklagten bezeichnen, dagegen bestimmt das Wort „während" ganz klar und deutlich den jeweiligen Aufenthalt, und das Gericht des Messeortes ist demnach zuständig, wenn sich der Beklagte oder dessen Vertreter nur

---

[5]) Prot. z. norbd. E. S. 2290. Hier wird bemerkt: „Von keiner Seite wurde auf die wenigen Miethsprozesse besonderer Werth gelegt." — Man kann also für Streitigkeiten über Verkaufsläden u. dgl. das Gericht des Marktortes nicht als zuständig erachten, wohl kann es aber mit dem forum contractus oder domicilii zusammenfallen, und eines der letzteren wird in solchen Fällen wohl regelmäßig zuständig sein.

[6]) Prot. d. J.K. S. 10—11.

[7]) Siebenhaar, Com. z. C.P.O. § 30 ist in der Begründung nur auf diese Worte Bezug genommen.

überhaupt einmal im Gerichtsbezirke, zu dem der Messeort gehört, aufhält, so lange die Klage nicht verjährt oder aus andern Gründen deren Erhebung am Gerichte des Marktortes ausgeschlossen ist. Unbestritten besteht die Zuständigkeit selbst dann, wenn sich der Beklagte nach dem Schlusse der Messe noch Wochen oder Monate im Bezirke des Meßgerichts aufhält, warum soll die Zuständigkeit aufhören, wenn sich derselbe entfernt und wiederkehrt? Diese Auslegung liegt auch im Interesse des Verkehrs, da die Messebesucher in der Regel dieselben sind und voraussetzen können, auf der nächsten Messe wieder mit ihren Gegenkontrahenten, auch wenn derselbe nicht dort wohnt, zusammenzutreffen. Auch bei Berathung des norddeutschen Entwurfs dachte man nicht an eine Erschwerung, wie sie § 30 enthalten würde, wenn man das „während" auf die Messezeit beziehen wollte, im Gegentheil dachte man eher an einen Zeitraum von Wochen vor oder nach der Messe[8]). Auch der Zusatz „am Orte oder im Bezirke des Gerichts sich aufhält" spricht für die Richtigkeit der bemerkten Interpretation, denn auch hiernach dauert die Zuständigkeit des Meßgerichts bei Entfernung der Kontrahenten vom Orte der Messe fort.

Die Zuständigkeit des Meß- oder Marktgerichts ist übrigens nicht nur für Streitigkeiten zwischen fremden Meßbesuchern begründet, sondern erstreckt sich auch auf Streitigkeiten zwischen Einheimischen oder diesen und fremden Meßbesuchern, wenn sie über Gegenstände des Meßverkehrs mit einander in Streit gerathen. Das Gesetz kennt keinen Unterschied. Deßhalb hat die Bestimmung „während der Beklagte ꝛc." für die am Meß- oder Marktorte oder im Bezirke des Meßgerichts wohnenden Beklagten gar keine Bedeutung. Für andere Personen wird eine Anwesenheit von solcher Dauer erfordert, daß die Klage zugestellt werden kann.

„berechtigten Vertreter". Es wurde hier von Seite eines Mitglieds des Bundesraths ausdrücklich anerkannt, daß hiemit nicht blos die in § 159 (152 des Entwurfs) bezeichneten Ver-

---

[8]) Vergl. Anm. 4.

treter verstanden werden könnten,[9]) es kann also die Klage rechtsgültig nicht nur dem Generalbevollmächtigten, sondern auch allen zur Prozeßführung berechtigten Vertretern, namentlich den gesetzlichen Vertretern einer Partei zugestellt werden, wenn sich nur diese im Bezirke des Markt- oder Meßgerichts aufhalten. Zu bemerken ist, daß § 202 No. 3 des G.V.G. Meß- und Marktsachen für Feriensachen erklärt, in denen während der Ferien Termine abgehalten und Entscheidungen erlassen werden.[10])

Der Gerichtsstand des § 30 konkurrirt elektiv mit dem des Vertrags und dem des Domizils des Beklagten.

§ 31.

Für Klagen, welche aus einer Vermögensverwaltung von dem Geschäftsherrn gegen den Verwalter oder von dem Verwalter gegen den Geschäftsherrn erhoben werden, ist das Gericht des Orts zuständig, wo die Verwaltung geführt ist.

„Für Klagen". Der Gerichtsstand der Verwaltung bezieht sich nur auf die actio directa des Geschäftsherrn und die actio contraria des Verwalters; dabei macht es keinen Unterschied, ob die Verwaltung im Auftrag des Geschäftsherrn eintrat oder ohne solchen eine negotiorum gestio bestand, ob die Verwaltung ein Vertragsverhältniß zur Basis hat oder auf gesetzlichen Bestimmungen beruht und unter Respicienz der Obrigkeit[1]) ausgeübt wird.[2])

---

[9]) Prot. d. J.K. a. a. O.

[10]) Ueber die Einlassungsfrist bei Klagen nach § 30 enthält die C.P.O. in den §§ 234, 459 besondere Bestimmungen.

[1]) Der Konkursverwalter kann von dem Konkursgerichte ernannt, aber auch durch die Gläubigerschaft bestimmt werden. Konkurs-Ordn. § 70, 72, 102.

[2]) Es wurde dieß von dem Vertreter des Bundesraths in der J.K. des Reichstags ausdrücklich anerkannt. Prot. der J.K. S. 11. Vergl. bes. Begr. d. E. zu § 31 Abs. 2: „Die die Verwaltung leitende oder beaufsichtigende Behörde." Auch bestand nie ein Streit darüber, daß beide Arten von Vermögensverwaltung dem Gerichtsstand der Verwaltung zu unterstellen seien, nur über den Ort des Gerichtsstandes war man nicht einig. Prot. z. hann. Entw. S. 478 ff., 4816 ff.

„Vermögensverwaltung“ ohne Rücksicht darauf, woraus das Vermögen besteht. Der Gutsverwalter, der, außer die Oekonomie eines Guts zu besorgen, auch alle Einnahmen und Ausgaben zu vertreten und zu verrechnen hat, ist Vermögensverwalter ebensogut, wie der Vormund eines Abwesenden, der lediglich die Coupons der ihm übergebenen Werthpapiere abzuschneiden und wieder verzinslich anzulegen hat.

„wo die Verwaltung“. Nicht der Wohnsitz des Verwalters, sondern der Ort seiner Thätigkeit bildet das Moment für die Zuständigkeit. Es liegt hierin eine analoge Anwendung des schon in § 19 Abs. 1 aufgestellten Prinzips.

Wenn daher in dem angeführten Beispiele der Verwalter nicht auf dem Gute, sondern in einer benachbarten in einem andern Gerichtsbezirke gelegenen Stadt sein Bureau hat, von dem aus er Gelder zahlt und einnimmt, Verträge abschließt u. dgl., so ist nur das Gericht dieses Orts als Gerichtsstand des § 31 zu betrachten, mag der Verwalter auf dem Gute oder in der Stadt sein Domizil haben.

„geführt ist“. Hiedurch wird ausgedrückt, daß der Gerichtsstand an eine bestimmte Dauer nicht gebunden ist, vielmehr so lange fortdauert, als nicht durch Verjährung oder auf andere Weise die in der Verwaltung liegenden Klagen ihre Erledigung gefunden haben,[3]) wie die Klage auf Rechnungsstellung durch die gestellte Rechnung. Dagegen wird für die nach gestellter Schlußrechnung über deren nicht durchweg anerkannten Inhalt derselben entstehende Streitigkeit der Gerichtsstand der geführten Verwaltung gleichfalls zuständig sein, denn immer ist die Vermögensverwaltung der Grund des Rechtsstreits. Es ist aber natürlich nicht ausgeschlossen, daß während der Verwaltung auf Grund derselben auch geklagt werden kann.

Daß der Gerichtsstand der geführten Verwaltung für Klagen dritter Personen aus der geführten Verwaltung nicht existirt, wird allgemein anerkannt.

---

[3]) Prot. z. Nürnberg. E. S. 49—50.

Der Gerichtsstand der Verwaltung konkurrirt elektiv mit dem Gerichtsstande des Wohnsitzes.[4])

§ 32.

Für Klagen aus unerlaubten Handlungen ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist.

„unerlaubte Handlungen“. Dieser Ausdruck faßt sowohl die strafbaren[1]) als auch die Fälle der civilrechtlichen Verschuldung, insbesonders die Fälle, in denen die gemeinrechtliche actio legis Aquiliae begründet ist,[2]) abgesehen von Verletzung besonderer Vertragspflichten, die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als widerrechtlich erscheinen und für den dadurch Verletzten Entschädigungsansprüche zu begründen geeignet sind.[3]) Die unerlaubte Handlung muß natürlich civilrechtlich verfolgbare Ansprüche begründen, denn wenn die Civilprozeßordnung einen Gerichtsstand für Klagen aus unerlaubten Handlungen statuirt, setzt sie voraus, daß diese ein Klagerecht begründen.[4])

Unter § 32 fallen in Bayern jetzt auch die Klagen auf Ersatz des durch Aufläufe entstandenen Schadens nach dem Gesetze

---

[4]) Nach der bayer. P.O. Art. 27 Abs. 2 ist der Gerichtsstand der geführten Verwaltung theilweise ein ausschließender.

[1]) Ohne Rücksicht, ob die öffentliche Strafe auf Antrag oder auch ohne solchen eintritt, oder ob eine Untersuchung eingeleitet wurde. Ein Antrag, dem § 32 als Beisatz anzufügen: „wenn wegen dieser Handlung eine strafrechtliche Untersuchung gegen den Beklagten eingeleitet worden und dieselbe nicht durch Freisprechung beendigt ist,“ wurde von der J.K. abgelehnt. Prot. d. J.K. S. 11.

[2]) Hierher gehört auch die Schmerzensgeldklage wegen Mißhandlung. E. d. O.G.H. Bd. IV S. 666.

[3]) Prot. z. hann. E. S. 4817. Das Prinzip des § 32 ist auch im Reichsbeamtengesetz angenommen. Vergl. S. 37, Anm. 75. Die verletzende Handlung muß hier übrigens nicht immer am Wohnsitz des Reichsbeamten begangen werden, da letzterer mit dem Amtssitz als domicilium necessarium nicht immer zusammenfallen muß. Siehe S. 119—120.

[4]) Was nach verschiedenen Landesgesetzen nicht der Fall ist für Ansprüche aus unerlaubten Spielen. Siehe bayer. L.R. Thl. IV c. XII § 5 Nr. 4, 5, vergl. auch württ. Landesordnung, Tit. 21, §§ 3, 5. Sächs. bürg. G. § 1480. Code civil Art. 1965—1967.

vom 12. Mai 1850 und 10 Vendémiaire IV und die Klagen des Fiskus auf Ersatz der durch Einschreiten der bewaffneten Macht entstandenen Kosten nach dem Ges. v. 4. Mai 1851 Art. 14, für die bisher ein besonderes Verfahren vorgeschrieben war.[5]) Zu den unerlaubten Handlungen gehören aber auch die Quasidelikte.[6]) Ob Klagen aus dem außerehelichen Beischlaf hieher zu subsumiren sind, hängt von der civilrechtlichen Beurtheilung des Klaggrundes ab.[7]) Den unerlaubten Handlungen sind die unerlaubten Unterlassungen gleich zu achten.[8]) Ob eine derartige Unterlassung oder Handlung vorliegt und ob auf sie ein Entschädigungsanspruch gegründet werden kann, ist für die Frage der Zuständigkeit des angegangenen Gerichts nach den in einem konkreten Falle aufgestellten Behauptungen zu bemessen.[9]) Es fallen auch Entschädigungsklagen wegen Verletzungen durch Thiere unter den §, wenn diese Verletzungen in Folge schuldbarer unterlassener Aufsicht stattfanden und es kann bei Klagen wegen Abweiden von Grundstücken — actio de pastu — der Gerichtsstand des § mit dem des Domizils und des § 27 konkurriren; auch die actio de pauperie gehört hieher und ist nur dann vom Gerichtsstande des § 32 ausgeschlossen, wenn die noxa ohne Verschulden eines Menschen stattfand.[10])

---

[5]) XXIII. Hauptstück der bayer. Proz.Ordn.

[6]) Deßhalb fallen aber nicht alle Klagen aus solchen unter § 32, wie Uebel, C.P.O. § 32, Anm. 1 annimmt.

[7]) Bes. Begr. d. E. zu § 32. Für Klagen aus dem außerehelichen Beischlafe wurde das forum delicti commissi anerkannt durch Urtheil d. O.G.H. zu München v. 28. Febr. 1874. Bl. f. R.A. Bd. XXXIX S. 125. Vergl. dagegen Seuffert, Archiv Bd. IV Nr. 255. Ueber die durch die Fortsetzung des Quasideliktes begründeten Rechtsverhältnisse, siehe Koch, Preuß. L.R. Bd. I Seite 49.

[8]) Hierher gehören z. B. die §§ 329, 360 Nr. 10, 365 Nr. 5, 367 Nr. 5, 11, 12 des R.St.G.B., wenn in Folge der Unterlassung ein Schaden entstanden ist.

[9]) E. d. O.G.H. Bd. IV S. 726. Hier wurde die schuldhafte Veranlassung des Austritts eines Triftwassers als Grund der Zuständigkeit des Gerichts, in dessen Bezirk dieser Austritt erfolgte, angenommen.

[10]) Prot. z. hann. E. S. 4877—4879. Dann ist eben eine actio ex lege Aquil. nicht gegeben.

Die aus dem Reichsgesetze vom 7. Juni 1871, die Verbindlichkeit zum Schadensersatze für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen ꝛc. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen betr., abgeleitete Haftpflicht ist keine aus einem Quasidelikt herrührende, sondern als Haftpflicht für casus aus dem Gesetze begründet. Hierauf gehende Klagen sind von dem forum delicti comissi ausgeschlossen.[11])

„in dessen Bezirk die Handlung begangen ist". Die Civilprozeßordnung hat eine Bestimmung über die Zuständigkeit für den Fall, daß eine unerlaubte Handlung an verschiedenen Orten begangen oder an einem begangen, an dem andern fortgesetzt und vollendet wurde, wie solche sich in verschiedenen Prozeßgesetzen vorfindet,[12]) absichtlich nicht getroffen. Schon aus diesem Grunde geht es nicht an, den § 13 der Strafprozeßordnung analog in Anwendung zu bringen. Wenn auch die Parteien das Recht haben, von verschiedenen an und für sich unzuständigen Gerichten eines durch Prorogation für zuständig zu erklären, so haben dagegen verschiedene an und für sich zuständige Gerichte nicht das Recht, zu bestimmen, welches von ihnen für eine bestimmte Sache zuständig sein soll, ebenso wenig, wie der Kläger oder der Beklagte allein. Wenn die Zuständigkeit ungewiß ist, wird die Zuständigkeit durch das zunächst höhere Gericht bestimmt,[13]) einerlei, ob nur zweifelhaft ist, innerhalb welchen Gerichtssprengels das Delikt begangen wurde, oder ob das Gericht auf der Grenze verschiedener Gerichtssprengel begangen wurde. Durch die Bestimmung „in dessen Bezirk die Handlung begangen ist" wird der Ort, wo der Erfolg derselben eingetreten ist, von dem forum delicti commissi ausgeschlossen. Wer auf Grund einer gefälschten Anweisung gezahlt hat, kann auf Ersatz des Gezahlten nach § 34 nur bei dem Gerichte klagen, in dessen Bezirk die Fälschung begangen wurde, nicht aber bei den Gerichten des Orts, wo er gezahlt hat.

---

[11]) E. d. R.O.H.G. Bd. XIII S. 70.
[12]) Bayerische Proz.Ordn. Art. 29.
[13]) Vergl. zu § 36 Nr. 2.

Uebrigens ist es gleichgültig, ob der Verletzende selbst oder ein Anderer für die Folgen der unerlaubten Handlung haftet; auch für juristische Personen besteht der Gerichtsstand, wenn dieselben aus Handlungen der gesetzlichen Vertreter ex lege Aquilia belangt werden können.[14]) Aus dieser Bemerkung ergibt sich auch, daß zur Begründung des Gerichtsstandes nicht erfordert wird, daß der Beklagte im Gerichtsbezirke, in welchem die unerlaubte Handlung begangen wurde, betroffen wird, ebenso wenig ist aber erforderlich, daß er dort Vermögen besitzt.

Ein hierauf abzielender Antrag wurde von der Justizkommission des Reichstags abgelehnt.[15]) Der Gerichtsstand ist, wie schon erwähnt, ein fakultativer.

§ 33.

Bei dem Gerichte der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den gegen denselben vorgebrachten Vertheidigungsmitteln in Zusammenhang steht.

Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn die Zuständigkeit des Gerichts für eine Klage wegen des Gegenanspruchs auch durch Vereinbarung nicht würde begründet werden können.

„Bei dem Gerichte der Klage". Das will sagen, wenn das Gericht für die Klage zuständig ist, so ist es dieß auch für die Widerklage. Ob der Kläger das forum domicilii oder ein anderes gewählt hat, ist für die Widerklage ohne Einfluß.

„Gegenanspruch". Dem Gegenanspruch ist im § selbst der mit der Klage geltend gemachte Anspruch gegenübergestellt, also Gegenanspruch gleichbedeutend mit „Gegenstand der Widerklage". Was Gegenstand einer Klage sein kann, kann auch Gegenstand einer Widerklage sein, soferne Abs. 2 des § nicht entgegensteht.

---

[14]) Siebenhaar, Comment. z. sächs. bürg. Ges. Bd. I S. 97.

[15]) Prot. d. J.K. S. 11, 15.

„Vertheidigungsmitteln“ ist im weiteren Sinne gebraucht; es fallen hierunter nicht blos die thatsächlichen Verhältnisse, auf welche eine Einrede begründet werden kann, sondern überhaupt alle Rechtsbehelfe.[1]) Es ist daher nicht nothwendig, daß der Gegenstand der Widerklage auch als Einrede benützt werden kann. So ist z. B. die Widerklage zulässig, wenn der Vormund des minderjährigen Beklagten das Geschäft, aus welchem geklagt wird, wegen Nichtigkeit, weil sein Mündel sich nicht verpflichten konnte, anfechtet und aus demselben Grunde wegen Zurückzahlung einer aus diesem Geschäfte von dem Mündel gezahlten Geldsumme Widerklage erhebt, oder wenn gegen die Klage auf Herausgabe einer Sache die auf dieselben verwendeten Erhaltungskosten im Wege der Widerklage geltend gemacht werden.

Ob Rechtsgrund und Beweismittel für Klage und Widerklage dieselben sind, ist ohne Einfluß.

Der § beschränkt die Widerklage auf Ansprüche, die mit dem Klagsanspruche oder den Vertheidigungsmitteln, die dem Klagsanspruche entgegengesetzt werden, in Zusammenhang stehen und schließt demnach Widerklagen, die mit Repliken und Dupliken im Zusammenhange stehen, aus.

Der Grundsatz reconventio reconventionis non datur gilt auch für § 33.

„im Zusammenhange steht“. Im Entwurfe lautete der erste Absatz des §: „wenn der Gegenanspruch auch als Einrede geltend gemacht werden kann oder mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch in rechtlichem Zusammenhange steht“. Die gegenwärtige Fassung erfolgte auf Antrag von Dr. Bähr bei Berathung in der Justizkommission des Reichstags, der hiemit nur eine Klarstellung des Regierungsentwurfs, dessen Sinn sein Antrag entspreche, bewirken wollte.[2]) Ein rechtlicher Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage wird hiernach nicht mehr erfordert, es genügt schon ein sachlicher;[3]) die hierin liegende Erweiterung

---

[1]) Vergl. zu § 137.

[2]) Prot. d. J.K. S. 12.

[3]) Ueber rechtlichen Zusammenhang, vergl. die Bemerkungen zu § 136 unter diesen Worten.

ist aber nur eine scheinbare. Wie aus den Motiven zu § 130 des Entwurfs hervorgeht, ist der Grundsatz, daß die Einrede der Kompensation nur bei dem Vorhandensein der Liquidität oder Liquidabilität zulässig sein soll, von dem Gesetze aufgegeben und dafür der Trennungsbeschluß nach freiem Ermessen des Gerichts substituirt, von der Voraussetzung ausgehend, daß hierdurch einer Verschleppung des Prozesses weit leichter vorgebeugt werde, dieses Trennungsrecht aber auf den Fall beschränkt, daß die Gegenforderung mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht.[4]) Durch diese Auffassung ist allerdings der in der Justizkommission geltend gemachten Ansicht vollkommen Rechnung getragen. Die Widerklage ist daher bei jedem denkbaren faktischen Zusammenhange mit der Klage oder der gegen diese vorgebrachten Einrede oder sonstigen Vertheidigungsmitteln zulässig[5]) und kann hier eine Trennung der Klage und Widerklage nach § 136 stattfinden, während eine solche bei einem rechtlichen Zusammenhang zwischen Widerklage und Klage unzulässig ist.

Unter Voraussetzung des rechtlichen oder faktischen Zusammenhangs ist in der Regel die Widerklage zulässig ohne Rüsicht auf den Gegenstand der Widerklage, abgesehen von der in Abs. 2 des § statuirten Beschränkung. Es kann daher einer Statusklage eine Widerklage wegen vermögensrechtlicher Ansprüche entgegengesetzt werden, aber nicht umgekehrt, z. B. A erhebt Klage gegen B auf Anerkennung der Vaterschaft, da er der Sohn des B und dieser zur Alimentation verpflichtet sei, was B widerspricht und Widerklage auf Zurückzahlung der bisher geleisteten Alimente erhebt. Ebenso ist die Klage zulässig, wenn A den B auf Herausgabe einer dem A gehörigen Sache belangt, B behauptet, daß er der Erbe des C sei, dieser habe die verlangte Sache mit anderen

---

[4]) Daß bei Verweisung der Widerklage zur separaten Austragung die Wirkung der Prorogation fortdauert und das Gericht zuständig bleibt, ist schon gemeinrechtlich anerkannt. — Bayer, Vortr. zu Martins Lehrb. § 158. Vergl. die Bemerkungen zu § 136.

[5]) Ueber die Zulässigkeit der Präjudizialincidentklage, siehe zu § 253.

von A gekauft, auch den Kaufpreis bezahlt, A habe die anderen Sachen noch im Besitz und nun diese im Wege der Widerklage fordert. Hier steht die Widerklage mit einer Einrede in rechtlichem Zusammenhange und betrifft einen vermögensrechtlichen Anspruch. Nur die §§ 575 und 587 statuiren eine Ausnahme für den Gegenstand der Widerklage und lassen bei den in ihnen bezeichneten Klagen nur eine Widerklage derselben Art zu.

Der Werth des Gegenstands der Widerklage ist ohne Einfluß auf die Zuständigkeit eines Landgerichts, bei dem jede nicht durch Abs. 2 des § ausgeschlossene oder sonst unzulässige Widerklage erhoben werden kann, selbst wenn die Klage vor der Kammer für Handelssachen verfolgt wird und die Widerklage nicht vor diese gehört (§ 105 des G.V.G.),[6]) nicht aber ist umgekehrt ein Amtsgericht auch für die Widerklage zuständig, die, als besondere Klage gestellt, zum Landgerichte gehören würde (§ 467).

Wird in Folge einer Widerklage eine Sache von einem Amtsgerichte zu einem Landgerichte devolvirt, so bleibt das Landgericht selbst dann zuständig, wenn der Widerkläger die Widerklage nach § 243 zurücknimmt.

Die Widerklage ist selbstverständlich gegen den Kläger zu richten, aber gegen jeden Kläger zulässig, also auch gegen den Hauptintervenienten (§ 61) und den Dritten, der für den Kläger den Streit übernimmt (§ 71), nicht aber gegen den Nebenintervenienten.[7]) Dagegen kann der Nebenintervenient, wenn auch nicht für sich, doch für die Partei, der er beigetreten ist, Widerklage erheben (§ 64).

Die Widerklage kann bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung erhoben werden (§ 251) und selbstverständlich auch von Ausländern, was zudem durch § 102 Nr. 3 ausdrücklich anerkannt ist.

---

[6]) Allerdings kann hier der Rechtsstreit an die Civilkammer verwiesen werden. Vergl. die Bemerk. a. E.

[7]) Es ist nicht denkbar, daß, wie Uebel, Com. d. C.P.O., zu § 33, Bem. 4, c., annimmt, der Hauptintervenient selbst Widerklage erheben kann. Er ist doch Kläger und reconventio reconventionis non datur.

„Diese Bestimmung findet keine Anwendung". In Abs. 2 des § ist ausgesprochen, daß der Gerichtsstand der Widerklage nicht statt hat, wenn die Widerklage andere als vermögensrechtliche Ansprüche erstrebt, oder für sie ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht, denn in beiden Fällen kann ein unzuständiges Gericht auch durch Vereinbarung nicht zuständig werden (§ 40). Hiedurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß gegen eine persönliche Klage eine dingliche Widerklage mit ausschließlichem Gerichtsstand erhoben wird, wenn der Gerichtsstand für beide Klagen zusammenfällt. Dagegen ist die Widerklage von Amtswegen zurückzuweisen, wenn für sie ein ausschließlicher Gerichtsstand bei einem andern als dem für die Klage zuständigen Gerichte besteht, denn die Zuständigkeit eines an und für sich unzuständigen Gerichts ist wieder durch die Zulässigkeit einer hier ausgeschlossenen Prorogation bedingt.

Für die in § 23 Abs. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes aufgeführten Ansprüche sind die Amtsgerichte nicht ausschließlich zuständig erklärt, sie können durch Vereinbarung an ein Landgericht gebracht werden, sie können demnach als Widerklage unter den in Abs. 1 § 33 gegebenen Voraussetzungen geltend gemacht werden.

Der Gerichtsstand der Widerklage wird nur durch besondere gesetzliche Bestimmungen ausgeschlossen und ist, wo solche nicht bestehen, wie erwähnt, bei jedem Gerichte der Klage begründet. Es kann daher bei dem Gerichtsstande nach den §§ 21 und 24 eine Widerklage erhoben werden[8]) und müssen sich die deutschen Landesfürsten und die Mitglieder der landesherrlichen Familien bei einer Widerklage dem Forum der Klage unterwerfen, ohne sich auf den ihnen persönlich eingeräumten Gerichtsstand berufen zu können. Dieser Gerichtsstand tritt ein, wenn sie als Beklagte erscheinen, kann aber das Recht der von ihnen selbst Beklagten auf den Gerichtsstand der Widerklage nicht alterien; muß sich ja der Kläger als Widerbeklagter immer dem Gerichte unterwerfen, das sonst für die Widerklage nicht zuständig wäre.

---

[8]) Ebenso auch die als Widerklage zu behandelnde Präjudizialincidentklage. Vergl. S. 20 u. § 467, dann die Bemerkungen zu den Worten: „wegen vermögensrechtlicher Ansprüche" zu § 21.

Aus dem gleichen Grunde wird auch anerkannt werden müssen, daß Personen, welche in Deutschland das Recht der Exterritorialität genießen, wenn sie als Kläger auftreten, sich eine Widerklage gefallen lassen müssen.[9]) Eine Widerklage ist nur bei einem Gerichte erster Instanz zulässig.[10]) Eine scheinbare Beschränkung des Gerichtsstands der Widerklage liegt in den §§ 103 und 105 des Gerichtsverfassungsgesetzes. Nach § 103 Abs. 2 ist die Kammer für Handelssachen bei nicht an und für sich zu ihrer Zuständigkeit gehörigen Widerklagen befugt, so lange nicht die Verhandlung zur Hauptsache erfolgt und auf diese ein Beschluß verkündet ist, von Amtswegen, außerdem auch auf Antrag des Gegners, den Rechtsstreit (aber nicht blos die Widerklage) an die Civilkammer zu verweisen. Ebenso bestimmt § 105, daß, wenn in einem bei der Kammer für Handelssachen anhängigen Rechtsstreit eine Widerklage erhoben und diese als Klage nicht vor die Kammer für Handelssachen gehört, der Rechtsstreit auf Antrag des Gegners an die Civilkammer zu verweisen ist, und daß dieß unter der Beschränkung des § 103 Abs. 2 auch von Amtswegen geschehen kann. Das Gericht der Klage bleibt doch immer dasselbe — das Landgericht.

Die Civilkammer bleibt auch zuständig für die nach § 467 drr C.P.O. erhobene Widerklage, wenn diese zu der Kammer für Handelssachen nicht gehören würde, obwohl die Klage an und für sich nach ihrem Klagsgegenstande zur Kammer für Handelssachen gehört.[11]) Ebenso ist die Civilkammer für jede Widerklage, die

---

[9]) Abgesehen davon, daß die Widerklage gerade durch die Klage hervorgerufen werden kann und mit dieser in rechtlichem Zusammenhang steht.

[10]) Wenn Mitglieder landesherrlicher Familien, für die ein Gerichtsstand bei einem Obergerichte besteht, belangt werden und erheben hier eine Widerklage, so wird eben dadurch das Obergericht für die Wiederbeklagten erste Instanz. — Der Unterschied zwischen Amts- und Landgericht für die Widerklage fällt hier natürlich hinweg.

[11]) G.V.G. § 104 Abs. 2 bestimmt: „Der Antrag (des Beklagten, den Rechtsstreit an die Kammer für Handelssachen zu verweisen) ist zurückzuweisen, wenn die im Falle des § 467 der Civilprozeßordnung erhobene Widerklage als Klage vor die Kammer für Handelssachen nicht gehören würde." Ueber die Trennung dieser Klage und Widerklage vergl. zu § 136.

als Klage zur Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen gehören würde, zuständig. Eine entgegenstehende Bestimmung findet sich weder in dem G.V.G., noch in der C.P.O. und die Ausnahmsbestimmungen des § 33 Abs. 2 liegen hier nicht vor.

Ausgeschlossen ist eine Widerklage im Urkunden- und Wechselprozesse (§ 558), im Entmündigungsverfahren (§§ 608 Abs. 2, 620 Abs. 4, 624 Abs. 4, 626 Abs. 4).

Der Gerichtsstand der Widerklage ist ein fakultativer.

Ueber die Behandlung der Widerklage vergl. zu §§ 251 ff., 274, 293.

§ 34.

Für Klagen der Prozeßbevollmächtigten, der Beistände, der Zustellungsbevollmächtigten und der Gerichtsvollzieher wegen Gebühren und Auslagen ist das Gericht des Hauptprozesses zuständig.

Auch dieser § hat seinen Ursprung in den Verhandlungen des Nürnberger Entwurfs eines Rechtshülfgesetzes, in das er als § 18, wenn auch in geringerer Ausdehnung als im § 34, aufgenommen und von wo aus er in spätere Entwürfe und Gesetze recipirt wurde.

„Prozeßbevollmächtigte, Beistände, Zustellungsbevollmächtigte." Hiezu gehören der Dritte, der in den Streit eintritt (Litisdenunciat) und der benannte Auktor, der den Prozeß übernommen hat, nicht, wohl gehören aber hieher die Prozeßbevollmächtigten u. s. w. dieser Personen.[1])

„Gerichtsvollzieher". Deren Wirkungskreis ist im Gerichtsverfassungsgesetze (§§ 155, 156) festgesetzt.

Gesetzliche Vertreter und Generalbevollmächtigte gehören nicht zu den in § 34 aufgeführten Personen. Der Gerichtsstand des § 34 besteht übrigens auch für die Erben der Letzteren.

„Gebühren und Auslagen". Es sind hier die Ansprüche und Auslagen gemeint, welche für die im Prozesse vertretene

---

[1]) Vergl. zu §§ 74 ff. 86, 152 ff. 160.

Partei erwachsen sind. Zu diesen Auslagen gehören aber nicht blos die eigentlichen Sporteln, Stempel u. dgl., sondern alle auf die Prozeßführung bezüglichen, wie Erholung von Abschriften von Notariatsurkunden, Hypothekenbuchextrakten, Mahnbriefen, Postporti u. s. w. Auch bezieht sich der § auf alle, auch die in den höheren Instanzen erwachsenen Auslagen und Gebühren. Dagegen besteht der § 34 nicht für Klagen, die nicht bestimmt Auslagen und Gebühren, d. h. dasjenige, was der Prozeßbevollmächtigte nach der Taxordnung fordern kann, zum Gegenstande haben, also andere aus dem Prozesse entstandene Forderungen an die vertretene Partei, z. B. auf ein versprochenes Honorar für den Fall des Gewinnens des Prozesses.

Der § 34 spricht von Klagen der Prozeßbevollmächtigten u. s. w. wegen ihrer Gebühren und Auslagen und meint offenbar Klagen gegen die eigene Partei und schließt damit Klagen gegen die zur Zahlung der Prozeßkosten verurtheilte Gegenpartei aus.

Die §§ 98—100 regeln das Verfahren behufs Festsetzung der dem Gegner zu erstattenden Kosten, sagen die Motive hiezu,[2]) dieß Verfahren besteht aber auch für die in § 115 genannten Personen, es wird durch diesen § lediglich der Zirkel vermieden, daß sie sich an die von ihnen vertretene arme Partei und diese wieder an den unterlegenen Gegner halten müssen, aber sie müssen sich ebenso gut wie die obsiegende Partei an das in §§ 98 ff. vorgeschriebene Verfahren halten. Der Gerichtsstand des § 34 besteht für sie nicht.[3])

„Das Gericht des Hauptprozesses“ d. h. das Gericht, bei welchem der Prozeß in erster Instanz erhoben wurde, bei welchem demnach auch die Gebühren und Prozeßauslagen aus dem Verfahren der höheren Instanzen einzuklagen sind. Wie aus den Motiven zu §§ 95—97 hervorgeht, sollen die höheren Instanzen mit der Gebührenfrage nie belästigt werden.

In den Motiven zu § 34 ist weiter bemerkt: „Dieser Gerichtsstand ist in § 18 Nürnb. Entw., § 32 einer preuß. P.O.,

---

[2]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 95—97.

[3]) A. M. Seuffert, C.P.O. zu § 34 Nr. 3.

§ 88 sächs. Entw. und Bayern Art. 28 — auch für Ansprüche gegen Advokaten u. s. w. wegen zu viel erhaltenen Vorschusses vorgesehen". Ob dieß aber auch die Tendenz des Entwurfs sei, ist nicht bemerkt.[4]) Es ist dieß nicht anzunehmen;[5]) denn zu viel gezahlte Gebühren setzen Klagen gegen die im § genannten Personen voraus, nicht Klagen dieser. Dafür könnte nur geltend gemacht werden, daß die Motive fortfahren: „In § 34 sind neu hinzugetreten die unter dem gleichen Gesichtspunkte zu beurtheilenden Klagen der Zustellungsbevollmächtigten." Aber der Wortlaut des § 34 steht geradezu entgegen, da sind die Motive ohne Einfluß.

Das Gericht des Hauptprozesses ist ohne Rücksicht auf die Größe der Gebührenforderung zuständig, ein Amtsgericht, wenn der Betrag über 300 Mark und ein Landgericht, wenn er unter 300 Mark beträgt. Da entsteht die Frage, entscheidet in Sachen, die nach § 34 vor das Landgericht gehören, § 230 und somit auch § 74 Abs. 1 bezüglich des Verfahrens, oder gilt ein analoges, wie es § 98 Abs. 2[6]) zugelassen hat?

Der § 34 schafft zwar einen besonderen Gerichtsstand und eine Ausnahme von den Regeln der sachlichen Zuständigkeit, aber an dem Verfahren hat er nicht das geringste geändert. Folge davon ist, daß, wenn eine Gebührenforderung noch so gering, der Prozeß aber bei dem Landgerichte in erster Instanz verhandelt worden ist, auch dort wegen der Gebühren der Anwaltsprozeß stattzufinden hat.

Bedingt ist übrigens der Gerichtsstand nicht dadurch, daß der Hauptprozeß schon beendigt ist. Die Anwälte, Gerichtsvollzieher u. s. w., die im ersten Rechtszuge thätig waren, können ihre Gebühren von der von ihnen vertretenen Partei fordern, während der Rechtsstreit in einer oberen Instanz schwebt.

Ob auch die Kammern für Handelssachen als Gericht des Hauptprozesses betrachtet werden können, wird zu verneinen sein.

---

4) Bes. Begr. d. E. zu § 34.

5) A. M. Siebenhaar, Com. z. C.P.O. § 34.

6) Bes. Begr. d. E. zu §§ 95—97.

Der § 101 des G.V.G. bestimmt genau, welche Sachen vor den Kammern für Handelssachen verhandelt werden dürfen;[7]) hierunter sind neben den Wechseln nur Sachen aufgeführt, welche objektiv die Mitwirkung technisch gebildeter Richter wünschenswerth machen. Daß die Motive bezüglich der Handelsgerichte von dem entgegengesetzten Grundsatze ausgingen, steht nicht entgegen, die Gründe für letztere fallen bei den Kammern für Handelssachen, im Gegensatze zu den Civilkammern gedacht, zum großen Theile hinweg. Die Kammern für Handelssachen sind keine selbstständigen Gerichte, selbst nicht im Falle des G.V.G. § 100 Abs. 2, ihr Geschäftsumfang ist den den Landgerichten zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten entnommen.

Der Gerichtsstand des § 34 ist kein ausschließlicher; wird wegen der Gebühren und Auslagen bei einem andern sonst zuständigen Gerichte geklagt, so bestimmt sich die Zuständigkeit zwischen Landgericht und Amtsgericht allerdings nach der Größe der Forderung, und hier sind die Auslagen und Gebühren die Hauptsache und die weiter erwachsenden (Zinsen von solchen Auslagen, Mahnbriefe u. dgl.) Nebenforderung (§ 4).

Zweifelhaft ist, ob einer solchen Klage bei einem andern Gerichte als dem nach § 34 zuständigen eine Gebührenfestsetzung vorherzugehen hat und wer diese Gebühren festzusetzen hat. Die Motive bemerken hiezu: „Auch erübrigt die Zulassung dieses Gerichtsstandes (des § 34) die vorherige gerichtliche Festsetzung der einzuklagenden Gebühren und Auslagen, welche schwer zu vermeiden wäre, wenn die Klage vor anderen Gerichten erhoben werden müßte.“[8]) Da das Wort „erübrigt“ hier offenbar gleichbedeutend ist mit „macht überflüssig“, so wollen die Motive hiemit sagen „das nach § 34 zuständige Gericht hat alle Kosten festzusetzen, und diese Festsetzung seinem Ausspruche zu Grunde zu legen, das kann aber ein anderes Gericht nicht.“ Der § 98

---

[7]) Wenn die Klage nach G.V.G. § 102 bei der Kammer für Handelssachen erhoben wird, was dem Kläger allerdings frei steht, muß er eben gewärtigen, daß von dem § 103 des G.V.G. Gebrauch gemacht wird.

[8]) Bes. Begr. d. E. zu § 34 Abs. 1 d. E.

Abs. 2 handelt nur von der Festsetzung der von der Gegenpartei zu erstattenden Kosten, verpflichtet also das Gericht nicht, den Betrag festzusetzen, den Advokaten u. s. w. von der vertretenen Partei an Gebühren und Auslagen zu fordern haben und doch existirt keine weitere Bestimmung.

Will man nun das Gericht des Hauptprozesses nicht auf Grund der angeführten Stelle aus den Motiven und in Analogie des § 98 für verpflichtet halten, die Gebühren und Auslagen auch dann festzusetzen, wenn dieselben bei einem andern Gerichte eingeklagt werden, so kann die Klage bei dem andern Gerichte eben nur wie jede andere Klage behandelt werden, und werden die Auslagen und Gebühren widersprochen, so ist eben ihre Richtigkeit und Angemessenheit nachzuweisen.

Die Motive bezeichnen den § 34 als den einzigen Fall des Gerichtsstands des materiellen Zusammenhangs im zweiten Titel, bemerken aber, daß wenn die Civilprozeßordnung auch eine Generalisirung des Forums der Connexität vermieden habe, doch dasselbe in einzelnen Anwendungen anerkannt werde. Unter den in den Motiven angeführten Beispielen findet sich auch eines für die in § 34 genannten Personen — § 126. Außer den von den Motiven angeführten Beispielen finden sich übrigens noch viele Gerichtsstände des Zusammenhangs in der Civilprozeßordnung. Deren Aufzählung ist wohl überflüssig.

§ 35.

Unter mehreren zuständigen Gerichten hat der Kläger die Wahl.

„Unter mehreren zuständigen Gerichten". Ist für eine Sache ein Gerichtsstand ein ausschließlicher, so fehlt die Zuständigkeit mehrerer Gerichte und fällt eine Wahl hinweg. Dem ausschließlichen Gerichtsstande muß jeder andere weichen. Außerdem macht es keinen Unterschied, ob mehrere allgemeine oder mehrere besondere Gerichte oder allgemeine mit besonderen Gerichten konkurriren.

„hat der Kläger die Wahl". Dieses Wahlrecht ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn aus administrativen Rücksichten

dem Kläger untersagt sein sollte, bei einem bestimmten Gerichte zu klagen;[1]) beschränkt wird das Wahlrecht nur durch die Bestimmungen des folgenden § 36.

Durch die Anstellung der Klage bei einem der verschiedenen zuständigen Gerichte erlischt das Wahlrecht, denn dadurch wird die Sache rechtshängig; es kann die Sache nicht mehr bei einem andern Gerichte anhängig gemacht werden, wenn nicht die Zurücknahme der Klage vor Beginn der mündlichen Verhandlung, oder später mit Einwilligung des Beklagten erfolgt, aber die Kosten ersetzt werden (§§ 235 Ziff. 1, 243). Dann hat allerdings der Kläger unter den verschiedenen zuständigen Gerichten wieder von Neuem die Wahl, da die erste Klage dann als nicht erhoben gilt (§ 243 Abs. 3).

§ 25 des hannover'schen Entwurfs bestimmt, daß in Fällen, wo jede Partei zur Klage berechtigt ist (was bei dem judicium duplex und Theilungsklagen der Fall) dasjenige Gericht ausschließlich zuständig sei, bei welchem der Rechtsstreit zuerst anhängig gemacht worden sei. Das kann nun allerdings für beide Parteien gleichzeitig geschehen. Gleichwohl wurde die Aufnahme der angeführten Bestimmung des § 25 des hannover'schen Entwurfs schon bei Berathung des norddeutschen Entwurfs abgelehnt, weil man die Grundsätze für die Rechtshängigkeit für genügend erachtete.[2]) Wenn nun von beiden Parteien gleichzeitig bei verschiedenen Gerichten Klage erhoben wird, so wird, wenn beide sich rechtskräftig für zuständig oder unzuständig erklären, § 36 Ziff. 5 oder 6 Anwendung finden müssen.

§ 36.

Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht:

---

[1]) So verbietet die Seemannsordnung vom 27. Dez. 1872 § 105 dem Schiffsmann, den Schiffer vor einem fremden Gericht zu belangen. Thut er es dennoch, so hindert diese Bestimmung das fremde Gericht nicht, zu urtheilen, wenn es für die Klage des Schiffsmanns zuständig ist.

[2]) Prot. z. nordd. E. S. 62—63.

1. **wenn das an sich zuständige Gericht in einem einzelnen Falle an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder thatsächlich verhindert ist;**
2. **wenn es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichtsbezirke ungewiß ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei;**
3. **wenn mehrere Personen, welche bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstande verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist;**
4. **wenn die Klage in dem dinglichen Gerichtsstande erhoben werden soll und die Sache in den Bezirken verschiedener Gerichte belegen ist;**
5. **wenn in einem Rechtsstreite verschiedene Gerichte sich rechtskräftig für zuständig erklärt haben;**
6. **wenn verschiedene Gerichte, von welchem eines für den Rechtsstreit zuständig ist, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben.**

In § 36 sind die Fälle aufgeführt, in denen zur Abschneidung von weitläufigen Kompetenzkonflikten für die Bestimmung des zuständigen Gerichts ein einfaches Verfahren beobachtet werden soll.

„Die Bestimmung des zuständigen Gerichts". Für die Nummer 1 ist das zunächst höhere Gericht in seiner Wahl aus allen ihm untergebenen Gerichten unbeschränkt, während es in den übrigen Fällen des § 36 aus einem bestimmten Kreise untergebener Gerichte wählen muß. Durch die Wahl, die immer nur auf ein untergeordnetes Gericht fallen kann, darf der Instanzenzug nicht geändert werden.[1])

„das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht". Es versteht sich von selbst, daß, wo die Civilprozeßordnung gegenüber den Gerichten der einzelnen Bundesstaaten von einem zunächst

---

[1]) Prot. z. hann. E. S. 539 unter 3.

höheren Gerichte spricht, sie kein anderes als das Reichsgericht meinen kann; es gibt mit Rücksicht auf die Gerichte der einzelnen Bundesstaaten kein anderes gemeinsames höheres Gericht. Um alle Zweifel zu beseitigen und namentlich Kompetenzkonflikte zwischen dem Reichsgerichte und obersten Landesgerichten auszuschließen, wurde in § 9 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung ausgesprochen:

„**Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt, falls es sich um die Zuständigkeit solcher Gerichte handelt, welche verschiedenen Bundesstaaten angehören und nicht im Bezirke eines gemeinschaftlichen Oberlandesgerichts ihren Sitz haben,**[2]) **durch das Reichsgericht auch dann, wenn in einem dieser Bundesstaaten ein oberstes Landesgericht für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten errichtet ist.**“[3])

Das zuständige Gericht wird bestimmt:

a) im Falle des § 36 Nr. 1 von dem im Instanzenzuge zunächst höheren Gerichte.

b) in den übrigen Fällen des § 36 von demjenigen im Instanzenzuge zunächst höheren Gerichte, zu dessen Bezirk die verschiedenen Gerichte gehören.

Hieraus folgt: Gehören die Gerichte den Bezirken verschiedener Oberlandesgerichte an, so erfolgt die Bestimmung durch das Reichsgericht. Eine Ausnahme enthält das Einführungsgesetz zur C.P.O. § 9. Sind in einem Bundesstaate mehrere Oberlandesgerichte errichtet und ist in diesem Bundesstaate auf Grund der Bestimmung des Einführungsgesetzes zum G.V.G. § 8 für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ein oberstes Landesgericht eingesetzt,[4]) so trifft das letztere Bestimmung über das zuständige Gericht, wenn die betreffenden Gerichte innerhalb der Bezirke

---

[2]) Es können verschiedene Bundesstaaten ein gemeinschaftliches Oberlandesgericht haben.

[3]) Gegen den Entwurf erhielt dieser § eine veränderte Fassung. Es wurde bei der Berathung auf den immerhin möglichen Fall hingewiesen, daß für verschiedene Staaten auch ein gemeinsames oberstes Landesgericht bestehe. Prot. d. J.K. S. 639.

[4]) Vergl. die Bemerk. zu den §§ 510 und 520.

verschiedener, dem Bundesstaate angehöriger Oberlandesgerichte ihren Sitz haben. Dagegen tritt die Regel, also die Kompetenz des Reichsgerichts wieder ein, falls es sich um die Zuständigkeit der Gerichte verschiedener Bundesstaaten handelt, weil in diesem Falle das Reichsgericht für alle in Betracht kommenden Gerichte die gemeinsame Spitze bildet.[5]) Der § 36 kann selbstverständlich unter Umständen in einem anhängigen Prozesse auch in einer höheren Instanz zur Anwendung kommen.[6]) Ein Kompetenzkonflikt zwischen den obersten Landesgerichten verschiedener Bundesstaaten wird durch das Reichsgericht entschieden.[7])

Während die Nummern 1—4 voraussetzen, daß eine Klage noch gar nicht gestellt ist, enthalten die Nummern 5 und 6 Fälle eines wirklich bestehenden affirmativen oder negativen Kompetenzkonflikts, in welchen über die Zuständigkeit schon rechtskräftig entschieden ist.

Nr. 1. Die Fälle der rechtlichen Verhinderung des an sich zuständigen Gerichts faßt der § 41[8]) zusammen, als Beispiel der thatsächlichen Verhinderung eines Gerichts an der Ausübung des Richteramts wird in den Motiven des Entwurfs der § 214 (nun 222) angeführt. Das über die Ablehnung eines Richters entscheidende Obergericht kann mit dieser Entscheidung die Bestimmung des zuständigen Gerichts verbinden,[9]) das Obergericht ersetzt hier das an und für sich zuständige Gericht durch ein anderes an und für sich unzuständiges. Nr. 1 deckt auch den Fall, daß das zunächst höhere Gericht verhindert ist. Wenn der Bezirk des Amtsgerichts und des Landgerichts vom Feinde besetzt und die Ausübung der Rechtspflege unmöglich ist, muß zur Be-

---

[5]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 36, 37.

[6]) Das ist der Fall, wenn die von mehreren Gerichten mit verschiedenen Obergerichten ausgesprochene Zuständigkeitserklärung durch die Berufung angegriffen und durch die betreffenden Obergerichte verworfen wird.

[7]) E.G. zu G.V.G. § 8 Abs. 2 vergl. mit vorstehendem § 9 des E.G. zur C.P.O.

[8]) Ueber die Verhinderung eines Amtsgerichts und eines Kollegialgerichts vergl. § 41.

[9]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 36, 37 und 44—46.

stimmung des für die Klage zuständigen Amtsgerichts das Oberlandesgericht berufen sein u. s. w., so daß auch das Reichsgericht für den Fall der Nr. 1 für die Bestimmung des Gerichts zuständig werden und statt das Amtsgericht des einen Bundesstaats ein solches eines andern Bundesstaats bestimmen kann.

Nr. 2. Die Motive bemerken hiezu: Die Nr. 2 ist nicht auf den Fall beschränkt, daß in Folge eines Streits über die örtlichen Grenzen verschiedener Gerichte es ungewiß ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei, sondern läßt den § 36 allgemein eintreten, sobald die Zuständigkeit des Gerichts mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichte zweifelhaft ist. Es gehören mithin unter Nr. 2 alle Fälle, in denen das Gericht mit Rücksicht auf Umstände, die zu den Grenzen in Beziehung stehen, zweifelhaft wird, z. B. wenn die Grenze das Wohnhaus eines im Gerichtsstande des Wohnsitzes zu belangenden Beklagten durchschneidet, wenn die Verwaltung einer Gemeinde (§ 19) sowohl vom Gemeindehause aus als aus der Wohnung des Bürgermeisters geführt wird und beide Grundstücke in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen. Durch die Fassung der Nr. 2 wird auch der Fall gedeckt, wenn eine unerlaubte Handlung (§ 32) sich aus mehreren in verschiedenen Gerichtsbezirken begangenen Handlungen zusammensetzt.

Nr. 3. Die Fassung läßt zweifelhaft, ob gerade ein Gericht bestimmt werden muß, welches den allgemeinen Gerichtsstand für den einen oder den andern Streitgenossen bildet, oder ob das Obergericht auch ein anderes der ihm untergebenen Gerichte, weil z. B. voraussichtlich dort die meisten Zeugen wohnen, bestimmen darf. Wenn man bedenkt, daß bei Berathung aller Entwürfe nur darüber Meinungsverschiedenheit bestand, ob dem Kläger die Wahl zwischen den verschiedenen Domizilsgerichten der Streitgenossen gelassen werde oder das Obergericht zu bestimmen d. h. statt des Klägers die Wahl zu treffen habe, muß man das Wahlrecht des Obergerichts auf das Domizilsgericht eines der Streitgenossen beschränken.

Aus den früheren Bemerkungen ergibt sich auch, daß Nr. 3 Anwendung findet, wenn die zu belangenden Streitgenossen in

verschiedenen Bundesstaaten wohnen und unbezweifelt können auch Ausländer beigezogen werden, wenn dieselben in Deutschland einen allgemeinen Gerichtsstand haben. Der Schwerpunkt der Nr. 3 liegt übrigens in den Worten „und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist.“ Hierin liegt eine wesentliche Beschränkung, denn nur in diesem Falle findet die Bestimmung des zuständigen Gerichts für Streitgenossen statt, also z. B. nicht, wenn ein Gläubiger des in Berlin verstorbenen A, welcher dort seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte, dessen in verschiedenen Bundesstaaten wohnende Erben belangen will, weil hiefür der besondere Gerichtsstand des § 28 besteht.[10]) Eine Ausnahme von dieser Regel tritt nur scheinbar ein, wenn der Hauptintervenient ein Amtsgericht ablehnt oder durch seine Ablehnungen ein Kollegialgericht beschlußunfähig wird. Denn wenn auch hier die Parteien dem Hauptintervenienten als Streitgenossen[11]) gegenüberstehen und für die Interventionsklage ein besonderer Gerichtsstand besteht, so ist dieser Fall doch unter § 36 Nr. 1 zu subsumiren.

Nr. 4. Auch hier ist es ohne Einfluß, ob die Sache in dem nämlichen oder in verschiedenen Bundesstaaten liegt, wenn z. B. ein Gut an der Landesgrenze durch jenseits derselben liegende Grundstücke arrondirt worden ist.

Das Gesetz erwähnt nicht speziell des Falls, daß verschiedene in verschiedenen Gerichtsbezirken gelegene Immobilien Gegenstand ein und derselben Klage sind,[12]) und für jedes der Gerichtsstand der gelegenen Sache nach § 25 begründet ist,[13]) auch die Motive

---

[10]) Unter Umständen kann hier das nach No. 3 zu bestimmende Gericht ein ausschließliches werden. Vergl. übrigens die Voraussetzung des § 28 Abs. 2.

[11]) Vergl. zu § 61.

[12]) Der Fall, wenn mehrere Grundstücke nur äußerlich in Folge zulässiger objektiver Klagenhäufung den Gegenstand der Klage bilden, gehört nicht hierher. Prot. z. nordd. E. S. 67. Liegen solche in verschiedenen Gerichtsbezirken und ist für jede Klage das forum rei sitae zuständig, so ist eine Klagenhäufung überhaupt ausgeschlossen. § 232. Ebensowenig greift Nr. 4 Platz, wenn das eine Grundstück Pertinenz des anderen ist. Vergl. S. 179.

[13]) Also z. B. wenn es sich um das Eigenthum an verschiedenen durch ein und denselben Rechtsakt erworbenen Grundstücken handelt.

zu § 36 geben keinen direkten Aufschluß, denn die zu Nr. 2 aufgeführten Beispiele passen nicht hieher. Dagegen läßt die Bezugnahme auf Württemberg Art. 45[14]) und auf den mit Württemberg Art. 45 wörtlich übereinstimmenden § 17 des hannover'schen Entwurfs keinen Zweifel bestehen, daß der Entwurf an diesen Fall dachte und in Konsequenz mit Nr. 2 und 3 nur an die Stelle des Wahlrechts des Klägers in anderen Prozeßordnungen das Bestimmungsrecht des Obergerichts treten sollte. Endlich enthält § 756 Abs. 2 den in § 36 Nr. 4 nicht vorgesehenen Fall und die Motive zu § 756 bemerken, daß dessen Vorschriften eine Anwendung der in § 36 Nr. 2—4 gegebenen Bestimmungen seien. Hiernach müssen wohl alle Bedenken, die der Wortlaut der Nr. 4 gegen ihre Anwendung auf in verschiedenen Gerichtsbezirken liegende Immobilien erregen könnte, schwinden.[15]) Wenn eine Theilungsklage in Beziehung auf in verschiedenen Gerichtsbezirken gelegene Immobilien gestellt werden soll, so findet nicht § 25[16]) und daher auch nicht § 36 Nr. 4 Anwendung, wohl ist dieß aber der Fall bei der Zwangsvollstreckung, indem hier die Zuständigkeit unter mehreren Amtsgerichten, in deren Bezirk Grundstücke, die als Exekutionsobjekte dienen, liegen, durch das zunächst höhere Gericht bestimmt wird (§ 756).

Nr. 5 betrifft den Fall eines affirmativen Kompetenzkonflikts. Das Gesetz spricht nicht von coordinirten Gerichten und mit Recht, weil auch zwischen nicht coordinirten Gerichten ein Kompetenzkonflikt entstehen kann, zwischen einem Landgerichte und einem ihm nicht subordinirten Amtsgerichte u. s. f. Die Bestimmung der Zuständigkeit durch das Obergericht ist dadurch bedingt, daß die Gerichte sich rechtskräftig[17]) für zuständig erklärten, es muß die

---

[14]) Abs. 2 desselben bestimmt: Bilden mehrere in den Bezirken verschiedener Gerichte gelegene unbewegliche Sachen den Gegenstand der Klage, so kann dieselbe vor jedem dieser Gerichte angebracht werden.

[15]) In § 6 wird die „Sache" als gleichbedeutend mit Streitgegenstand gebraucht. Der analogen Anwendung auf § 36 Nr. 4 stehen kaum Bedenken entgegen.

[16]) Vergl. § 25 S. 176.

[17]) Seite 100.

Zuständigkeitserklärung durch ein Urtheil ausgesprochen worden sein, das immer als Endurtheil zu betrachten ist (§§ 248 Abs. 2, 472, 507), weßhalb Dr. Behr bei der Berathung in der Justizkommission erklärte, Nr. 5 sei nicht recht verständlich und entspreche nicht den Grundsätzen über res judicata (und darin hat er vollkommen Recht), auch wurde bei der zweiten Lesung in der Justizkommission von Kloß die Streichung des Wortes „rechtskräftig" beantragt. Die Gründe, aus denen der Vertreter des Bundesraths sowie verschiedene Reichstagsabgeordnete dieser Streichung entgegentraten, sind nicht angegeben.[18])

Wird von mehreren Gerichten, die sich rechtskräftig für zuständig erklärt haben,[19]) durch das zunächst höhere Gericht eines als zuständig bestimmt, so wird durch diesen Ausspruch jede von den übrigen Gerichten gepflogene prozessuale Thätigkeit wirkungslos. Unter Nr. 5 ist der Fall zu subsumiren, wenn in verschiedenen Prozessen derselbe Präjudizialpunkt zum Austrage gebracht werden soll. Setzt in Fällen dieser Art das später angegangene Gericht das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung durch das erstbefaßte Gericht aus, so ist jeder Konflikt beseitigt, wird jedoch die Einrede der Rechtshängigkeit verworfen, so ist Nr. 5 anzuwenden.[20])

Nr. 6 handelt von dem negativen Kompetenzkonflikte.[21])

„von welchen eines für den Rechtsstreit zuständig ist." Deutlicher wäre gesagt worden „zuständig sein muß."[22]) Es ist durchaus nicht nothwendig, daß das zunächst höhere Gericht von den Gerichten, die sich für unzuständig erklärt haben, gerade eines als das zuständige bestimmen muß, es kann vorkommen, daß noch

---

[18]) Prot. d. J.K. S. 12. 508.

[19]) Das allein ist das Entscheidende. Ob der Rechtsstreit bei den verschiedenen Gerichten auch gleichzeitig begonnen hat, ob die Zuständigkeitserklärung gleichzeitig oder successive erfolgte, kommt nicht in Betracht.

[20]) Wernz in d. Ztschr. f. R. u. L.R. Bd. III S. 347.

[21]) Ueber die Unzuständigkeitserklärung aus sachlichen Gründen vergleiche § 11.

[22]) Vergl. Begründung zu § 13 des Entw. der Strafprozeßordnung.

ein weiteres besteht, das bisher noch gar nicht angegangen wurde, dann tritt eben Nr. 6 nicht ein.

Wie wird aber die Zuständigkeit im Falle der Nummern 5 oder 6 bestimmt, wenn zwei Gerichte, von denen eines zu Bayern, das andere zu einem anderen Bundesstaate gehört, sich in der Art mit Rücksicht auf denselben Rechtsstreit rechtskräftig für zuständig oder unzuständig erklärt haben, daß die Entscheidung in letzter Instanz auf der einen Seite durch das oberste Landesgericht in Bayern, auf der andern Seite durch das Reichsgericht erfolgte? In diesem Falle wird nichts anderes übrig bleiben, als daß das Reichsgericht in doppelter Eigenschaft in Betracht kommt, einmal als das oberste Gericht des Bundesstaates gegenüber dem bayerischen obersten Landesgerichte, und einmal als Reichsgericht und in dieser Eigenschaft nach § 8 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum G.V.G. und § 9 des Einführungsgesetzes zur C.P.O. den Kompetenzkonflikt durch Bestimmung des zuständigen Gerichts entscheidet. Dabei muß es nothwendiger Weise in die Lage kommen, sein eigenes schon rechtskräftiges Urtheil zu bestätigen oder zu vernichten. Das sind eben die Konsequenzen aus der unklaren Bestimmung der Nummern 5 und 6.

Zu bemerken ist noch, daß die landesherrlichen Bestimmungen über Kompetenzkonflikte zwischen Gerichten und Administrativbehörden weder durch § 36 Nr. 5 und 6, noch durch eine andere Bestimmung der Civilprozeßordnung betroffen werden.

§ 37.

Die Entscheidung über das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Eine Anfechtung des Beschlusses, welcher das zuständige Gericht bestimmt, findet nicht statt.

„über das Gesuch". Das Gesuch kann bei schon anhängigem Prozesse jede Partei stellen, es ist an das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht zu richten, kann also nie bei einem Amts-

gerichte angebracht werden, wenn auch die Einreichung desselben bei dem Amtsgerichte nicht ausgeschlossen ist.

Das Gesetz hat keine Bestimmung über die Form des Gesuches getroffen. Es kann also bei dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt als auch schriftlich eingereicht werden, auch im Anwaltsprozesse, ebenso gut wie das Gesuch um Ablehnung eines Richters. Es handelt sich hier nicht um ein Urtheil durch den erkennenden Richter,[1]) sondern um eine einfache Maßregel, die außerhalb der Sphäre des eigentlichen Prozesses liegt, die ohne Gehör der Gegenpartei getroffen werden kann.[2])

„kann". Es ist demnach eine vorgängige mündliche Verhandlung auch zulässig, wie in allen Fällen, wo das Gesetz die gleiche Bestimmung trifft.

„Eine Anfechtung". Es könnte diese nur im Wege der Beschwerde erfolgen. Wo eine solche zugelassen wird, ist im Gesetze bestimmt, hier aber geradezu ausgeschlossen.[3])

Dagegen ergibt sich aus § 530 unzweifelhaft, daß eine Beschwerde gegen die Abweisung des Gesuchs um Bestimmung des zuständigen Gerichts statthaft ist, wenn diese Abweisung nicht durch ein oberstes Landesgericht oder das Reichsgericht erfolgte.

Dritter Titel.

Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

In der Zuständigkeit eines Gerichts liegt ein Zwangsrecht für die Parteien, der Kläger muß bei demjenigen Gerichte klagen, der Beklagte sich bei demjenigen Gerichte belangen lassen und Antwort geben, welches zufällig durch die Gesetze für vorher genau bestimmte Verhältnisse als zuständig erklärt worden ist.

---

[1]) Vergl. die Bem. zu § 74 unter den Worten „diese Vorschrift findet keine Anwendung".

[2]) Vergl. die Bem. zu § 119.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 36, 37.

Unsere Civilprozeßordnung hat dieses schon gemeinrechtlich durch Einräumung eines bedingten Wahlrechts der Parteien für ein Gericht sehr reducirte Zwangsrecht[1]) noch weiter beseitigt, indem sie den Grundsatz aufstellte, daß es den Parteien freistehen solle, sich mit der Ausnahme des § 40 ein Gericht erster Instanz auszusuchen, bei dem der zwischen ihnen entstehende Rechtsstreit erledigt werden soll. Diese Erstreckung — prorogatio[2]) — der Gerichtsbarkeit auf ein an und für sich unzuständiges Gericht erster Instanz schließt aber alle höheren Instanzen ein; wenn die erste Instanz durch Prorogation zuständig geworden ist, sind die weiteren nicht mehr unzuständige.

§ 38.

Ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz wird durch ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft der Parteien zuständig.

„unzuständiges Gericht". Man unterscheidet zwei Arten der Unzuständigkeit, eine sachliche, wenn die Streitsache zu einem Gerichte anderer Art, als dem angegangenen gehört, und eine örtliche, wenn sie dem gleichartigen Gerichte eines anderen Orts zugewiesen ist.[3]) Dieser Unterschied ist im Gesetze namentlich mit Rücksicht auf die projektirten nun beseitigten Handelsgerichte absichtlich nicht berücksichtigt, beide Arten der Unzuständigkeit können durch den Willen der Parteien beseitigt werden und demnach nunmehr sowohl landgerichtliche Sachen vor ein Amtsgericht ohne Rücksicht auf die örtliche Lage dieser Gerichte als auch umgekehrt amtsgerichtliche Sachen vor ein Landgericht gebracht werden.

---

[1]) Fr. 14, 15, 18 D. de jurisd. (II, 1), fr. 1, 2, 74 § 1 D. de jud. (V, 1). Glück, Comm. Bd. III § 202, Bayer, Vorl. zu Martins Lehrb. S. 233, Wetzell, System § 39.

[2]) Ueber den Unterschied zwischen prorogirtem Gerichtsstand und Schiedsgericht vergl. zu § 851.

[3]) S. 11.

Dagegen kann auf eine Kammer für Handelssachen nicht prorogirt werden. Das läßt sich kaum bestreiten. Abs. 2 des § 38, der den Handelsgerichten das Recht einräumte, sich entgegen der Prorogation bei nicht zu ihrer Zuständigkeit gehörigen Sachen für unzuständig zu erklären, wurde beseitigt und eine derartige Bestimmung in den VII. Titel des Gerichtsverfassungsgesetzes nicht aufgenommen.[4])

Wird demnach bei Rechtsstreitigkeiten, für die eine Kammer für Handelssachen zuständig ist, auf ein örtlich nicht zuständiges Landgericht, bei welchem eine solche Kammer besteht, prorogirt, so muß die Civilkammer die Sache verhandeln, wenn nicht in der Klage beantragt ist, daß die Klage vor der Kammer für Handelssachen verhandelt werden soll (G.V.G. § 102).

Ist ein solcher Antrag nicht gestellt, so kann nur der Beklagte einen solchen nach den §§ 104 und 106 des G.V.G. stellen, einmal, weil diese §§ voraussetzen, daß ein zur Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen gehöriger Streitgegenstand vorliegt — und ist dieß der Fall, dann bedarf es keiner Prorogation bezüglich der sachlichen Unzuständigkeit, dann weil einem solchen eine Prorogation auf das Landgericht mit der regelmäßig zuständigen Civilkammer nicht entgegensteht, und selbst bei Nichtübereinstimmung der Parteien die Civilkammer in einem solchen Falle verpflichtet ist, an die Kammer für Handelssachen zu verweisen; in einer Uebereinstimmung läge etwas Anderes, als eine nun unzulässige Prorogation auf eine Kammer für Handelssachen. Auch § 103 Abs. 2 des G.V.G. steht einer Prorogation auf die Kammer für Handelssachen entgegen, denn diese hat hiernach ein Widerspruchsrecht, welches dem prorogirten Richter nicht zusteht, während von diesem allgemeinen Grundsatze für die

---

[4]) Bei Berathung des § 1 des G.V.G. in zweiter Lesung äußerte hierüber Becker, er wolle dahin gestellt sein lassen, ob das Prinzip der Prorogation auch jetzt noch gelten würde, nachdem man nicht die Wahl zwischen zwei verschiedenen Gerichten, sondern nur die Wahl zwischen zwei Abtheilungen ein und desselben Gerichts habe. Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 531.

Kammer für Handelssachen bei Richterneuerung des Abs. 2 des § 38 für solche Kammern keine Ausnahme besteht.

Das prorogirte Gericht hat ein Widerspruchsrecht gegen die Prorogation nur dann, wenn die Ausnahmsfälle des § 40 vorhanden sind. Das Recht, sich für unzuständig zu erklären, muß jedem Gerichte zustehen, wenn es in einem Falle angegangen wird, in dem es selbst durch Prorogation nicht zuständig werden kann, da ja die Zuständigkeit eines sonst unzuständigen Gerichts wieder nur durch die Zulässigkeit der Prorogation bedingt ist. Der Richter muß daher in allen Fällen prüfen, ob nicht eine Ausnahme für seine Zuständigkeit nach § 40 vorliegt und ist solches der Fall, sich für unzuständig erklären.

Wie erwähnt, kann eine Prorogation nur durch den Willen beider Parteien begründet werden, woraus folgt, daß Jeder, der die Fähigkeit hat, vor Gericht zu stehen oder die Befugniß, eine Partei gesetzlich zu vertreten, über eine Prorogation eine Vereinbarung treffen kann und daß eine einseitige Parteihandlung, wie die Erhebung einer Klage, die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts nicht bewirken kann. Wenn daher der Beklagte in dem Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint (§§ 296, 298), so darf ein örtlich unzuständiges Gericht wie ein sachlich unzuständiges Gericht kein Versäumungsurtheil erlassen, denn aus der Thatsache des Nichterscheinens ist eine Unterwerfung unter das an sich unzuständige Gericht nicht zu folgern.[5]) Das Gericht muß also vor Erlassung eines Versäumungsurtheils seine Zuständigkeit prüfen, für seine sachliche Zuständigkeit aber entscheidet der Klagvortrag.[6]) Ein Versäumungsurtheil muß aber dann erlassen werden, wenn unzweifelhaft eine Vereinbarung der Parteien über die Zu-

---

[5]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 38—40. Bei Berathung des hannover'schen Entwurfs wurde als § 32 Abs. 3 die Bestimmung vorgeschlagen: „Eine stillschweigende Vereinbarung kann aus dem Nichterscheinen einer Person nicht gefolgert werden" und die Richtigkeit dieses Grundsatzes schon bei Berathung des Nürnberger Entwurfs eines Rechtshülfegesetzes anerkannt. Prot. z. Nürnb. E. S. 79. Ueber die Folgen eines gleichwohl erlassenen Versäumungsurtheils vergl. die Bemerk. zu § 296.

[6]) Vergl. S. 67 ad 2.

ständigkeit des an und für sich unzuständigen Gerichts erfolgte und dieß nachgewiesen ist, wie dieß z. B. durch die veröffentlichten Statuten einer Versicherungsgesellschaft, in welchen sie vor einem benannten Gerichte gegenüber den Versicherten Recht zu nehmen und zu geben verspricht, leicht geschehen kann. Auch in den vorbereitenden Schriftsätzen kann eine Vereinbarung getroffen worden sein.[7]) Da die Prorogation auf einem Vertrage beruht, ist unzulässig, daß dieselbe durch den einseitigen Willen einer Partei wieder aufgehoben wird. Der Beklagte ist aber auf Grund der Ladung vor ein unzuständiges Gericht, dessen Unzuständigkeit vertragsmäßig nicht beseitigt wurde, zu erscheinen nicht verpflichtet.[8]) In der Regel hat auch der prorogirte Richter, weil er durch die Wahl der Parteien zuständig geworden ist, diese auf die Unzuständigkeit nicht aufmerksam zu machen, auch soll er sich Rechtsbelehrungen über die Zuständigkeit enthalten;[9]) nur, wenn ein Amtsrichter sachlich unzuständig ist, hat er vor der Verhandlung den Beklagten auf die Unzuständigkeit aufmerksam zu machen (§ 465 Abs. 2), die Unterlassung dieser Vorschrift ist aber mit keinem Nachtheile bedroht und kann deßhalb für keine der Parteien rechtliche Folgen haben.

Die Prorogation wird dadurch nicht alterirt, daß bei der mündlichen Verhandlung der Klagantrag nach § 240 Nr. 2, 3 geändert oder durch Erhebung einer Widerklage der Gegenstand des Rechtsstreits erweitert wird.[10])

---

[7]) Die Behauptung von Schmitt Bd. I S. 314 und Barth, Comm. zur bayer. P.O. S. 258, daß eine außer dem Prozesse geschlossene Vereinbarung über den Gerichtsstand die Zuständigkeit noch nicht begründe, läßt sich nicht rechtfertigen. Wird die Behauptung des Klägers, daß eine Vereinbarung über den Gerichtsstand stattgefunden habe, von dem Beklagten widersprochen, oder ist der Beklagte nicht erschienen, so ist diese Behauptung vor Allem liquid zu stellen. Vergl. die Bemerk. am Schlusse.

[8]) Ueber die Frage, ob der Kläger bei dem Ausbleiben des Beklagten durch Reduktion des Klagsanspruchs ein sachlich unzuständiges Amtsgericht zuständig machen kann, siehe S. 69.

[9]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[10]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 3—9.

Daß Ausländer mit Ausländern und ebenso Inländer mit Ausländern ohne Rücksicht auf die Parteirollen auf deutsche Gerichte prorogiren können, unterliegt keinem Zweifel, da ja die Gerichte in der Regel gar nicht berechtigt sind, auf den Wohnsitz und die Staatsangehörigkeit der Parteien von Amtswegen Rücksicht zu nehmen.

„erster Instanz" d. h. im Sinne der Civilprozeßordnung. Ein Oberlandesgericht wird dadurch nicht ein Gericht erster Instanz, daß es ausnahmsweise für gewisse Streitigkeiten als erste Instanz anzugehen ist,[11]) die Prorogation auf ein Oberlandesgericht, oberstes Landesgericht und das Reichsgericht ist unstatthaft, das liegt gerade in den Worten „erster Instanz".[12]) Die Prorogation ist auch für Litisdenunciaten und Nebenintervenienten bindend; diese Personen sind Nebenpersonen im Prozesse, ein Recht der Verhandlung der Sache vor einem bestimmten Gerichte steht ihnen nicht zu.[13]) Der prorogirte Gerichtsstand ist übrigens kein ausschließlicher und können zwischen denselben Parteien gleichzeitig mit dem Rechtsstreite vor dem prorogirten Richter Rechtsstreitigkeiten vor andern prorogirten Richtern oder auch vor dem zuständigen verhandelt werden, welche einen ganz gleichartigen Klagegegenstand betreffen. Der prorogirte Gerichtsstand kann aber für gewisse Rechtsverhältnisse zu einem ausschließlichen bestimmt werden (§ 40).

„ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung". Vereinbarung ist nichts anderes als Vertrag und die Form des Vertragsabschlusses richtet sich nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Diesem ist durch § 38 insoferne derogirt, als, wo sonst Schriftlichkeit geboten wäre, diese wegfällt, da ausdrücklich die mündliche Vereinbarung genügt; aber nicht einmal diese ist nothwendig, eine aus konkludenten Handlungen sich ergebende ist

---

[11]) § 12 S. 108.

[12]) Deßhalb wurde schon im § 27 des hannover'schen Entwurfs der ganz gleiche Eingang des § gewählt. Prot. z. hann. E, S. 4838, I.

[13]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 38—40.

schon hinreichend.[14]) Wird vom Kläger eine Vereinbarung behauptet und vom Beklagten eine solche bestritten, so richtet sich das Verfahren nach den Bestimmungen der §§ 248 und 465.

§ 39.

Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat.

„ist anzunehmen". Es soll hier nur ein besonderer Fall der stillschweigenden Vereinbarung hervorgehoben werden, da die Annahme gerechtfertigt ist, daß der Beklagte, der, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, vor einem unzuständigen Gerichte zur Hauptsache mündlich verhandelt hat, sich freiwillig diesem Gerichte unterwerfe.[1]) Diese Annahme enthält aber eine Rechtsvermuthung, gegen welche kein Beweis zulässig ist, und welche wirkt, wie der Ausschluß mit einer Einrede. Der Beklagte kann daher mit der Einrede, er habe nicht prorogiren wollen und nicht gewußt, daß das Gericht unzuständig sei, nach der Verhandlung zur Hauptsache nicht mehr gehört werden.[2])

Da jede Prorogation auf einem Vertrage beruht, gehört zu derselben, daß der Beklagte Kenntniß von der Unzuständigkeit des Gerichts hat; es wird also durch § 39 die Einrede des Irrthums beseitigt. Bei der Verhandlung vor einem sachlich unzuständigen Amtsgerichte wird diese Einrede durch das Aufmerksammachen des Richters auf diese Unzuständigkeit vor der Verhandlung ohnedieß beseitigt (§ 465 Abs. 2).

---

[14]) Dahin kann unter Umständen der Fall gerechnet werden, daß die Parteien vorbereitende Schriftsätze gewechselt haben, ohne die Zuständigkeit zu bestreiten, ja selbst in einem Vertagungsantrag und der Festsetzung eines neuen Termins zur mündlichen Verhandlung kann eine solche Vereinbarung liegen. Das bleibt natürlich immer Thatfrage.

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 38—40.

[2]) Wernz zu Art. 39 Nr. 1.

Die Präsumtion muß selbst dann eintreten, wenn vorher in den vorbereitenden Schriftsätzen die Zuständigkeit beanstandet worden war.

„verhandelt hat". Hieraus kann nicht geschlossen werden, daß der Beklagte von Beginn der Verhandlung bis zum Schlusse derselben nicht mehr mit der Einrede der Unzuständigkeit hervortreten dürfe; § 247 Abs. 3 wird durch § 39 nicht betroffen und die Präsumtion der Vereinbarung liegt in der Unterlassung des Vortrags der Einrede bis zum Schlusse der Hauptverhandlung.

§ 40.

Die Vereinbarung hat keine rechtliche Wirkung, wenn sie nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht.

Die Vereinbarung ist unzulässig, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft, oder wenn für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

„hat keine rechtliche Wirkung". Schon der § 35 des preuß. Entwurfs von 1864 beginnt mit diesen Worten, während der hannover'sche Entwurf § 28 nur eine „Unzulässigkeit" der Prorogation kennt. Der § wollte dem Beklagten eine Einrede geben, ähnlich wie dem Haussohne durch das SC. Maced., von dem er Gebrauch machen kann oder nicht. Die rechtliche Wirkung steht dem Ausschlusse der Prorogation, welchen der preußische Entwurf nicht kannte,[1]) gegenüber. Die rechtliche Wirkung eines Vertrags, was, wie schon erwähnt, die Vereinbarung über den Gerichtsstand ist, kann nicht von dem Gerichte bestritten werden, das ist Sache der Parteien.

„ein bestimmtes Rechtsverhältniß und die aus demselben entspringenden Streitigkeiten". Demgemäß ist eine Vereinbarung zwischen den Parteien, in allen ihren nicht in Abs. 2 ausgenommenen Rechtsangelegenheiten vor einem bestimmten Gerichte

---

[1]) Vergl. Motive zu §§ 34—38 des preuß. E. v. 1864.

erster Instanz Recht geben und nehmen zu wollen, ohne Einfluß; von Wirksamkeit aber ist die Vereinbarung, in den Rechtsstreitigkeiten, deren Grund in einem bestimmten, wenn auch noch nicht zur Existenz gekommenen Rechtsverhältnisse liegt, sich einem im Voraus bezeichneten Gerichte unterwerfen zu wollen. Hiemit sind alle in Theorie und Praxis bestandenen Zweifel über die Rechtsverbindlichkeit einer im Voraus erklärten Prorogation[2]) beseitigt.[3]) So ist eine Vereinbarung zwischen Brautleuten, in allen aus ihrer künftigen Ehe entspringenden Streitigkeiten vermögensrechtlicher Natur sich einem bezeichneten Gerichte unterwerfen zu wollen, unstreitig rechtswirksam. Ebenso besteht für Versicherungsgesellschaften, die statutengemäß vor einem bestimmten Gerichte in allen Versicherungsangelegenheiten Recht nehmen und geben, durch den Beitritt des Versicherten und die Annahme der Statuten eine gültige Vereinbarung über den Gerichtsstand. Einem vor Anhängigmachung des Streitgegenstandes getroffenen Einverständnisse der Parteien darf der Beklagte nicht entgegen handeln, setzt er der Klage die Einrede der Unzuständigkeit entgegen, steht dem Kläger die replica doli zu.[4])

„unzulässig". Damit bezeichnet der § entgegen dem Abs. 1, nach welchem die Partei die Unzuständigkeitseinrede auf einen rechtsunwirksamen Vertrag stützen muß, die Fälle, in denen der Richter die Unzuständigkeit zu berücksichtigen hat.

Unstatthaft ist auch die Prorogation auf ein besonderes Gericht.[5])

Der preußische Entwurf § 35 Nr. 6 hat eine Prorogation für unwirksam und der hannover'sche Entwurf § 28 Nr. 3 für unzulässig erklärt, wenn auf ein besonderes, der Gattung nach unzuständiges Gericht prorogirt wurde. Aber schon bei Berathung des hannover'schen Entwurfs war geltend gemacht worden, daß

---

[2]) Bayer, Vortr. zu Martin's Lehrb. S. 234 ff. Wetzell, System S. 428.

[3]) Württemb. Comm. B. S. 42.

[4]) Urth. d. Handels-Appell.-G. zu Nürnberg v. 28. Juni 1872 in der Samml. v. wicht. Entsch. Bd. I S. 383.

[5]) Ueber besondere Gerichte siehe S. 9.

dieß auch nach der Fassung der Vorlage (§ 32), die eine deßfallsige Bestimmung nicht enthielt, deutlich sei.[6]) Auch in unserer Civilprozeßordnung war eine deßfallsige Bestimmung entbehrlich, da die besonderen Gerichte nur für die ihnen zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten kompetent sind, auch die Bestimmungen der §§ 38—40 nur bei Rechtsstreitigkeiten Anwendung finden, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören[7]) und nach dem Eingangs Bemerkten hier nur die örtliche oder sachliche Zuständigkeit der Amts- oder Landgerichte in Frage kommt.

Bestehen für die in § 108 der Gewerbeordnung bezeichneten vermögensrechtlichen Streitigkeiten keine besonderen Behörden und wird wegen derselben nach Entscheidung durch die Gemeindebehörde oder das durch Ortsstatut an deren Stelle getretene Schiedsgericht der Rechtsweg betreten, so kann, da für diese Streitigkeiten kein ausschließlicher Gerichtsstand besteht, auf jedes ordentliche Gericht erster Instanz prorogirt werden.

Ebenso ist die Prorogation von Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, die besonderen Gerichten zugewiesen sind, insofern dieselben nicht ausschließlich hiefür zuständig sind, auf die ordentlichen Gerichte erster Instanz zulässig. Entgegenstehende Bestimmungen enthält die C.P.O. nicht.[8])

Wechselklagen gehen auf Geltendmachung eines vermögensrechtlichen Anspruchs und § 566 bestimmt keine Ausschließlichkeit für die dort bezeichneten Gerichte, es kann also auch wegen Wechselklagen prorogirt werden.

Bedingt zulässig ist die Prorogation bei vermögensrechtlichen Ansprüchen nach § 108 der Gewerbeordnung,[9]) ausgeschlossen ist dieselbe bei Streitigkeiten über Angelegenheiten, die durch Administrativbehörden zu entscheiden sind.[10])

---

[6]) Prot. z. hann. E. S. 566.

[7]) E.G. z. C.P.O. § 3 Abs. 1. Siehe S. 6.

[8]) Der preuß. Entw. v. 1864 § 38 hat die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für die den besondern Gerichten zugewiesenen Sachen ausgeschlossen.

[9]) § 1 Anm. 30.

[10]) E. d. O.G.H. Bd. V S. 894.

Daß Inländer auf ausländische Gerichte prorogiren können, ist nirgends untersagt,[11]) scheint vielmehr nach den Motiven zur C.P.O. von dieser anerkannt zu werden.[12]) Ob der ausländische Richter seine Zuständigkeit zu prüfen hat, ist eine nicht hieher gehörige Frage. Ueber den Vollzug eines deßfallsigen im Auslande erlassenen Urtheils im Inlande gelten die allgemeinen Grundsätze.[13]) Der Vollzug ist aber unzulässig, wenn das ausländische Gericht nach dem Grundsatze der Civilprozeßordnung auch durch Prorogation nicht hätte zuständig werden können.[14])

Viertel Titel.

Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen.

§ 41.

Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen:

1. **in Sachen, in welchen er selbst Partei ist, oder in Ansehung welcher er zu einer Partei in dem Verhältniß eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regreßpflichtigen steht;**
2. **in Sachen seiner Ehefrau, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;**
3. **in Sachen einer Person, mit welcher er in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden, in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist, auch wenn die Ehe,**

---

[11]) Vergl. auch Commiss.-Ber. z. Nürnb. E. S. 58 u. Prot. z. Nürnb. E. S. 78.

[12]) Vergl. die in der folgenden Note 13 angeführten Citate.

[13]) §§ 660, 661. Seuffert, Archiv Bd. XVI Nr. 250.

[14]) § 661 Nr. 3 und bes. Begr. d. E. zu §§ 610, 611. Schon im Comm.-Ber. z. Nürnb. E. S. 60—61 und den Prot. z. Nürnb. E. S. 79 ff. wurde anerkannt, daß eine Prorogation auf ein fremdes Gericht zulässig und ein Urtheil im Inlande vollstreckbar sei, wenn die Prorogation nach den inländischen Gesetzen zulässig sei.

durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;

4. in Sachen, in welchen er als Prozeßbevollmächtigter oder Beistand einer Partei bestellt oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist;

5. in Sachen, in welchen er als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist;

6. in Sachen, in welchen er in einer früheren Instanz oder im schiedsrichterlichen Verfahren bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, sofern es sich nicht um die Thätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters handelt.

Die Erfordernisse zum Richter sind, abgesehen von besonderen physischen Eigenschaften,[1]) an gewisse Voraussetzungen geknüpft, die in Art. 3 der Reichsverfassung und den §§ 2—4 des Gerichtsverfassungsgesetzes näher bezeichnet sind. Wem diese Voraussetzungen fehlen, der ist absolut unfähig zum Richteramte; wer aber auch alle die Erfordernisse hat, die zum Richter befähigen, und in Folge dessen ein Richteramt bekleidet, darf doch dieses in speziellen Fällen nicht ausüben; er ist relativ unfähig zum Richter. Von dieser relativen Unfähigkeit handeln die §§ 41, 42.

Die Prozeßordnung unterscheidet aber zwischen Gründen, welche dem Richter die Befugniß entziehen, in einem Prozesse sein Amt auszuüben, und solchen Gründen, welche den Parteien das Recht geben, einen Richter zu rekusiren. Die Gründe der ersten Kategorie sind in § 41 aufgeführt und sind der Art, daß schon die Rücksicht auf das Ansehen der Justiz die Ausschließung des Richters erheischt.[2])

Hierüber ist zu bemerken:

„Ein Richter". Die Civilprozeßordnung kennt nur die relative Unfähigkeit eines Richters zur Ausübung eines Richteramts, nicht eines Gerichts als solchen.[3])

---

[1]) Daß Frauen Schiedsrichter sein können, ist im § 858 Abs. 3 anerkannt.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 41—49.

[3]) Hierüber hatte der hann. E. in § 31 besondere Bestimmungen.

Zu Nr. 1 „Partei ist". Vorausgesetzt wird eine Mitbetheiligung des Richters am Rechtsstreite in engerem Sinne, ein mittelbares Interesse kann für ausreichend nicht erachtet werden.[4]) Deßhalb ist der Richter Partei, wenn er als Haupt- oder Nebenintervenient[5]) wirklich am Prozesse theilnimmt, nicht aber ist er ausgeschlossen, wenn seine Mitberechtigung, Mitverpflichtung oder Regreßpflicht nur eine mittelbare ist, also nicht bei Prozessen einer Bank oder Aktiengesellschaft, wenn er Besitzer von Bankaktien oder Aktien ist, oder einer Gemeinde, weil er Gemeindemitglied ist.[6]) Was namentlich die Regreßpflicht anbelangt, so ist der Richter ausgeschlossen, wenn seine Regreßpflicht in der Klage bezeichnet wird, aber er ist auch ausgeschlossen, wenn seine Regreßpflicht eine unmittelbare ist, wenn ein Bürge oder solidarischer Mitschuldner des Richters belangt wird oder eine Person, für die er Bürgschaft geleistet hat und eine Partei weiß dieß nicht. Hier steht er in dem Verhältniß eines Mitverpflichteten, bzw. Regreßpflichtigen. Es ist ein Unterschied, ob der Richter unmittelbar oder mittelbar regreßpflichtig ist, er muß der Partei direkt regreßpflichtig sein, wenn Nr. 1 anwendbar sein soll, nicht durch Zwischenglieder, die selbst der Partei regreßpflichtig und denen erst wieder der Richter regreßpflichtig ist.

„zu einer Partei". Die Worte des hannover'schen Entwurfs § 32 „zu einer der Parteien" wurden wie geschehen schon bei Berathung des norddeutschen Entwurfs abgeändert, um zweifellos auch den Fall einzuschließen, wenn das Verhältniß zu beiden Parteien stattfindet.[7]) Der Richter ist nicht regreßpflichtig, wenn

---

[4]) Bes. Begr. d. E. zu § 41 Nr. 1. Prot. z. hann. E. S. 614—615. Es wird hier hervorgehoben, daß die Bestimmung der hannover'schen Prozeßordnung § 21 Nr. 1, wenn ein Richter ein mittelbares Interesse bei dem Ausgange des Prozesses habe, in der Praxis zu den größten Unzuträglichkeiten geführt habe.

[5]) Die Streitverkündigung an und für sich macht ihn noch nicht zur Partei. Wernz Bd. I S. 78 No. 3. Schmitt Bd. I S. 57. Der Nebenintervenient gehört als „Nebenpartei" im Allgemeinen zu den „Parteien" im Gegensatze zur „Hauptpartei". Vergl. zu § 50.

[6]) Prot. z. nordd. E. S. 98. Prot. z. hann. E. a. a. O. Er kann aber deßhalb wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt werden.

[7]) Prot. z. nordd. E. S. 98. Die Motive zu § 41 Nr. 1 bemerken

er Schuldner oder Gläubiger einer der Parteien ist, aber ein Grund zur Ablehnung kann in einem solchen Verhältnisse liegen.

Nr. 2. „Wenn die Ehe nicht mehr besteht“ d. h. wenn sie durch Scheidung oder Nichtigkeitserklärung,[8]) aber auch wenn sie durch den Tod der Ehefrau aufgehoben ist. Wenn in diesem Fall auch nicht von Sachen der Ehefrau gesprochen werden kann, so repräsentirt doch die hereditas jacens diese. Die hereditas jacens kann aber belangt werden.

Die Verlobte des Richters steht nicht der Ehefrau gleich und wurde das Verlobtsein des Richters als Ausschließungsgrund absichtlich in das Gesetz nicht aufgenommen unter Hinweisung darauf, daß der Fall der §§ 348 und 349 anders liege.[9])

No. 3. „verwandt“, „verschwägert“. Ob die Verwandtschaft oder Schwägerschaft durch eheliche oder außereheliche Geburt hervorgerufen wurde, kann hiebei ebenso wenig von Einfluß sein, als bei der Bestimmung des Reichsstrafgesetzbuchs § 52. Das verwandtschaftliche Verhältniß als solches ist der Grund der Ausschließung, nicht dessen civilrechtliche Bedeutung.

Ebenso wenig unterscheidet die Nr. 3 zwischen vollbürtiger und halbbürtiger Verwandtschaft. Die in der gleichlautenden Nr. 3 § 32 des hannover'schen Entwurfs nach den Worten: in der Seitenlinie eingeschalteten Worte „nach civilrechtlicher Berechnung“ wurden schon bei Berathung des norddeutschen Entwurfs gestrichen, weil diese den Gegensatz zu der ohnehin bei den Graden der Schwägerschaft nicht vorkommenden kanonischen Komputation nicht deutlich bezeichneten;[10]) indessen bemerken auch die Motive:[11]) Die Berechnung der Nähe der Verwandtschaft erfolgt nach den Regeln des bürgerlichen Rechts, also des Landesrechts. Die

---

gleichfalls: Nr. 1 wird die Ausschließung keineswegs dadurch abgewendet, daß der Richter in den hier bezeichneten Rechtsverhältnissen zu beiden Parteien steht.

[8]) Auch hier hat die Ehe faktisch bestanden, so lange sie nicht für nichtig erklärt wurde.

[9]) Bes. Begr. d. zu § 41 Nr. 2.

[10]) Prot. z. nordd. E. S. 98 verglichen mit S. 223.

[11]) Bes. Begr. d. E. zu § 41 No. 3.

Grundsätze des römischen Rechts „quot generationes tot gradus" dann „in welchem Grade eine Person mit dem einen Ehegatten verwandt, in demselben ist sie mit dem anderen verschwägert", hat das preußische Landrecht,[12]) der Code civil,[13]) das bayerische Landrecht,[14]) das sächsische bürgerliche Gesetz[15]) und das württemberger Landrecht[16]) adoptirt.

Die Verwandtschaft oder Verschwägerung des Richters mit dem Prozeßbevollmächtigten, dem Beistande oder dem gesetzlichen Vertreter einer Partei ist kein Grund der relativen Unfähigkeit des Richters. Die im § enthaltenen Ausschließungsgründe sind die allein zulässigen, sie sind nicht beispielsweise angeführt, wohl kann aber eine solche Verwandtschaft oder Verschwägerung als Ablehnungsgrund wegen Besorgniß der Befangenheit benutzt werden.

Auffallender Weise hat die Prozeßordnung das Verhältniß des Pflegekindes zu den Pflegeeltern unberücksichtigt gelassen, obgleich die Pflegeeltern und Pflegekinder dem Richter in der Regel näher stehen werden, als Verschwägerte bis zum zweiten Grade.

„auch wenn die Ehe nicht mehr besteht". Die bekannte Streitfrage, ob das Schwägerschaftsverhältniß auch nach Aufhebung der Ehe, durch welche es begründet wurde — erfolgt nun die Aufhebung durch Scheidung oder Tod — fortbestehe, wird hiedurch nicht entschieden, nur mit Rücksicht auf die Ausschließung den Richters wird das Fortbestehen angenommen, um ein gleiches Verfahren zu erzielen.

Nr. 4. Der Ausschließungsgrund dieser Nummer soll auch dann eintreten, wenn das betreffende Verhältniß vor dem Beginne des Rechtsstreits bestanden hat. Es wurde hiebei auf einen

---

[12]) Preuß. L.R. Thl. I Tit. 1 § 45, Thl. II Tit. 1 § 7. Koch, Komm. z. preuß. L. Bd. I S. 109 Anm. 47. Bd. III Abthl. 1 S. 4 Anm. 7.

[13]) Code civil Art. 735—738. Zachariä, franz. Civ.=R. Bd. I § 84.

[14]) Bayer. L.R. Thl. I c. IV §§ 6, 7.

[15]) Sächs. bürg. G. §§ 49, 50.

[16]) Württemb. L.R. Thl. IV Tit. XXIV. Lang, Handb. d. württemb. Pers.=Fam. u. Vorm. R. § 39.

häufigen Eintritt von Rechtsanwälten in das Richteramt Rücksicht genommen.[17])

Was unter Prozeßbevollmächtigten und Beiständen zu verstehen, ist nach den Bestimmungen des vierten Titels zu bemessen, über gesetzliche Vertreter ist § 50 zu vergleichen.[18])

Generalbevollmächtigter, Zustellungsbevollmächtigter, Bevollmächtigter zum Abschluß einzelner Geschäfte fallen nicht unter Nummer 4.

Ein Rechtsanwalt, der eine Partei vertreten hat, kann, wenn er Richter wird, in einem Prozesse der Partei über dieselbe Rechtsangelegenheit selbst dann nicht thätig sein, wenn er nur zur Prozeßführung informirt und bevollmächtigt war. Anders bei dem in der staatsanwaltschaftlichen Praxis beschäftigten Rechtskonzipienten, der von seinem Prinzipale substituirt wurde; er steht nur dann in einer Beziehung zu der Partei, wenn ihm direkt ein Mandat übertragen wurde.[19])

Die Bevollmächtigung zur Vornahme einer einzelnen Handlung oder eines Geschäfts schließt die Thätigkeit des Bevollmächtigten als Richter bei einem über dieses Geschäft entstandenen Rechtsstreite nicht aus, soferne nicht Nr. 1 — 3 zur Anwendung kommen muß, ebenso wenig die Ertheilung eines Rathes oder eines Gutachtens, das der nunmehrige Richter früher einer Partei erstattet hat,[20]) wohl aber kann hierin der Grund zur Ablehnung liegen.

„berechtigt gewesen ist". Es fallen hierunter Rechtsverhältnisse, die bestanden haben zur Zeit, als der Richter Vormund einer Partei war und über die erst ein Rechtsstreit entstanden ist, nachdem der Richter schon lange nicht mehr Vormund war.[21])

---

[17]) Bes. Begr. d. E. zu § 41 Nr. 4.

[18]) Hieher gehören namentlich die Sachen eines Mündels des Richters; die bayer. P.O. hatte das besonders ausgedrückt, Art. 41 No. 4. Dagegen gehört hieher nicht das Verhältniß des Richters zu Curanden als Repräsentant der Vormundschaftsbehörde.

[19]) In Bayern ist dies bei Prozessen vor dem Einzelrichter (Land- oder Stadtrichter) üblich.

[20]) Vergl. Prot. z. nordd. E. S. 101.

[21]) Wernz Bd. I S. 71 No. 9.

Nr. 5. Bei Berathung des hannover'schen Entwurfs wurde Nr. 5 und 6 abgelehnt,[22]) während im norddeutschen Entwurf § 23 Nr. 2—4 die Ausschließungsgründe unseres § 4—6 nur als Ablehnungsgründe aufgenommen waren.

Es genügt übrigens nicht, daß der Richter als Zeuge vorgeschlagen wurde, er muß wirklich als solcher vernommen sein, weil, wie die Motive sagen, außerdem nicht ohne Grund zu besorgen wäre, daß die Aufstellung des Richters als Zeuge zu chikanöser Verschleppung des Prozesses mißbraucht werde.[23]) Dagegen ist freilich zu bemerken, daß die Partei, die den Prozeß verzögern will, den Richter als Zeuge vernehmen lassen kann, auch wenn er nichts von dem weiß, worüber er deponiren soll. Uebrigens ist, wie das Gesetz nun einmal lautet, nicht ausgeschlossen, daß ein Richter selbstständig oder mit anderen Richtern über seine Vernehmung als Zeuge, seine Berechtigung zur Zeugnißverweigerung entscheidet.

„Sachverständiger vernommen". Hier sind die Bestimmungen des achten Titels maßgebend. Daß ein Richter als Sachverständiger vernommen wird, kann bei Handelsrichtern leicht vorkommen, bei rechtsgelehrten Richtern auch im Falle des § 379.

Nr. 6 setzt voraus, daß die Sache von einer früheren Instanz in Folge der Einlegung eines Rechtsmittels an die höhere, der nunmehr der Richter, der in erster Instanz bei dem Prozesse thätig war, angehört, devolvirt wurde. Nr. 6 schließt aber nicht jede Mitwirkung des Richters in einer früheren Instanz desselben Prozesses oder in einem vorangehenden schiedsrichterlichen Verfahren von der Ausübung des Richteramtes aus. Es ist nicht abzusehen, bemerken die Motive, weßhalb die Vornahme, z. B. eine Beweishandlung, den Richter für die neue Instanz untauglich machen sollte.[24]) Der Richter muß bei der Entscheidung mitgewirkt haben, die durch ein Rechtsmittel angefochten wird, er muß bei dieser Entscheidung seine Stimme abgegeben, muß

---

[22]) Prot. z. hann. E. S. 619.

[23]) Bes. Begr. d. E. zu § 41 Art. 5. Prot. z. nordd. E. S. 101 a. E.

[24]) Bes. Begr. d. E. zu § 41 Nr. 6.

an der Abfassung der angefochtenen Entscheidung theilgenommen haben.[25])

„angefochtene Entscheidung". Das Gesetz spricht nicht von Urtheil, sondern schließt den Richter in einer höheren Instanz aus, wenn er bei einer Verfügung irgend einer Art in erster Instanz thätig war und hierüber von einer höheren Instanz entschieden werden soll. Ob das Rechtsmittel, welches hiegegen ergriffen wurde, überhaupt zulässig ist, oder schon aus formellen Gründen als unstatthaft verworfen werden muß, ist gleichgültig.

Die Theilnahme an der früheren Entscheidung muß die eines Richters gewesen sein;[26]) es genügt also nicht die Bestimmung der Verlegung eines Termins, denn das ist keine Theilnahme an einer Entscheidung.

Deßhalb sind Richter, die als Staatsanwälte in erster Instanz einen Antrag gestellt haben,[27]) in derselben Sache als Richter im zweiten Rechtszuge nicht ausgeschlossen.[28]) Hiegegen kann auch nicht No. 1 des § angerufen werden, denn dort ist die „Partei" nur in ihrer privatrechtlichen Stellung in Bezug auf das bürgerliche Recht begriffen, nicht aber „die Partei", als welcher der Staatsanwalt (§§ 586, 589, 590, 591, 595, 604 ff.) nicht in seinem oder im Privatinteresse überhaupt, sondern im Interesse des öffentlichen Rechts erscheint.

---

[25]) Prot. z. nordd. E. S. 102.

[26]) Der preuß. Entw. § 64 Nr. 7 enthält deutlicher die Bestimmung „bereits als Richter oder Schiedsrichter thätig gewesen ist", ebenso Württemberg Art. 67 Nr. 6. Die Motive zu §§ 41—49 führen unter den Gesetzen und Entwürfen, an die sich die Civilprozeßordnung auf das engste anschließt, diese Beiden an.

[27]) Vergl. §§ 569, 586, 589, 595, 604. Ueberall ist dem Staatsanwalte nur das Recht eines Gutachtens eingeräumt, oder er handelt selbst als Partei, oder neben dieser als Antragsteller, über welchen Antrag das Gericht ohne seine Mitwirkung Entscheidung zu treffen hat.

[28]) A. M. Uebel, Comm. d. C.P.O. zu § 41 Nr. 19. Puchelt, C.P.O. § 41 S. 208. Die bayer. P.O. hat in Art. 40 Nr. 6 die Thätigkeit des Staatsanwalts der Thätigkeit des Richters ausdrücklich gleichgestellt; diese Bestimmung fehlt aber der Civilprozeßordnung. Auch in der bes. Begr. d. E. zu §§ 85—97 Abs. 1 a. E. wird der Staatsanwalt als „Partei" bezeichnet.

Wer nur den Antrag auf Erlassung einer Entscheidung stellen kann — sei es Partei oder Staatsanwalt — der hat in dieser Entscheidung selbst nicht „mitgewirkt".

Die Motive erwähnen hier auch des (nicht unter Nr. 6 gehörigen) Falls von Prozessen, welche die Anfechtung oder Auslegung einer gerichtlich aufgenommenen Urkunde betreffen. Bei solchen Prozessen ist der instrumentirende Richter, gleichviel, ob er im ersten oder zweiten Rechtszuge mitzusprechen hat, nicht ausgeschlossen. Es wird geltend gemacht, daß gerade die Mitwirkung dieses Richters häufig den Parteien bei Entscheidung des Rechtsstreits erwünscht sein werde und durch den § die Möglichkeit nicht ausgeschlossen sei, in geeigneten Fällen den Richter, welcher die Urkunde errichtet hat, wegen Besorgniß der Befangenheit abzulehnen.[29])

Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei denen der Richter thätig war und die mit dem Rechtsstreite in irgend einem Zusammenhange stehen, fallen nicht unter Nr. 6 und überhaupt nicht unter den § 41.[30])

Undeutlich ist der Schlußsatz der Nr. 6 „sofern es sich nicht um die Thätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters handelt". Es kann dabei nur an Fälle gedacht worden sein, daß in erster Instanz eine Klage abgewiesen wurde, während im zweiten Rechtszuge eine Beweisaufnahme angeordnet wurde, und diese nun einem Richter, der im ersten Rechtszuge in der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, übertragen wurde (§§ 326, 327) und andere ähnliche. Daß ein Richter, der in einer frühern Instanz nur eine Beweisaufnahme vorgenommen hat und deßhalb in der höheren Instanz nicht ausgeschlossen sein soll,[31]) an einer Entscheidung nicht mitgewirkt hat, ist selbstverständlich.

---

[29]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[30]) Vergl. Prot. d. nordd. E. S. 103. Mit Recht wurde hier hervorgehoben, daß eine entgegenstehende Bestimmung dazu führen würde, den Einzelrichter von der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Führung des Hypothekenamts auszuschließen, während in vielen Bundesstaaten die freiwillige Gerichtsbarkeit wenigstens theilweise noch vom Einzelrichter ausgeübt wird.

[31]) Vergl. die Anm. 23 allegirte Stelle.

Die Mitwirkung des, kraft des Gesetzes von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossenen Richters an einer Entscheidung, ist als auf einer Gesetzesverletzung beruhend anzusehen, soferne dieses Hinderniß mittelst eines Ablehnungsgesuchs ohne Erfolg geltend gemacht ist (§ 513 Nr. 2) und kann eine Nichtigkeitsklage begründen (§ 542 Nr. 2).

§ 42.

Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in welchen er von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt werden.

Wegen Besorgniß der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, welcher geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.

Das Ablehnungsrecht steht in jedem Falle beiden Parteien zu.

„als auch". Man sollte meinen, daß es einer Ablehnung nicht bedürfe, wo der Richter kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen ist. Dagegen ist zu bemerken, daß manche Ausschließungsgründe möglicher Weise dem Richter nicht bekannt sind und daß für solche Fälle die Partei den Ausschließungsgrund muß geltend machen können.

„welcher geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen." Das Gesetz hat von einer Spezialisirung der Ablehnungsgründe Umgang genommen, da eine solche in erschöpfender Weise nicht möglich ist. In § 23 des norddeutschen Entwurfs war zu den S. 249 a. A. angegebenen Ablehnungsgründen wegen Befangenheit insbesondere angeführt, wenn der Richter in der Sache Rath oder ein Gutachten ertheilt hat.[1])

---

[1]) In der Praxis wurde jedoch anerkannt, daß ein Gericht dadurch nicht unfähig wird, daß es über die Erlassung einer für die vorliegende Streitfrage in Betracht kommenden authentischen Interpretation ein amtliches Gutachten erstattet hat.

Der § 42 stimmt mit § 34 des hannover'schen Entwurfs überein. Bei Berathung desselben wurde bemerkt, „es dürfen zwar Vorurtheile der Parteien gegen den Richter nicht berücksichtigt werden, allein es dürfe nicht entscheidend sein, ob ein Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit und Unbefangenheit des Richters objektiv begründet sei,[2]) sondern, ob vom Standpunkte der betreffenden Partei aus vernünftige und genügende Gründe vorhanden sind, daß sie Mißtrauen gegen den Richter hegen müsse". Daß Verschiedenheit der politischen Ansichten ebenso wie eine öffentliche Aeußerung über die Richtigkeit einzelner theoretischer Sätze kein solcher Grund sei, wurde anerkannt.[3]) Die Partei muß die Gründe angeben, warum sie Besorgniß der Befangenheit habe, es genügt nicht die bloße Angabe, daß eine solche Besorgniß vorhanden sei, sonst würde der Richter ein Spielball in der Hand der Partei sein und zum Vergnügen beseitigt werden können. Ein solches Verfahren würde das Vertrauen in die Unparteilichkeit der Richter schwer erschüttern und bei der Ablehnung von Einzelrichtern die Rechtsprechung unendlich erschweren. Das Ermessen des Gerichts hat hierüber zu entscheiden.

Das Ablehnungsrecht ist beiden Parteien eingeräumt, um zu verhüten, daß der Richter aus übergroßer Aengstlichkeit gerade zu Ungunsten der ihm nahe stehenden Parteien entscheide.[4])

„beiden Parteien". Das sind streng genommen nur Kläger und Beklagter. Indessen wird man auch der Nebenpartei im Prozesse das Ablehnungsrecht zugestehen müssen.[5])

In der Mitwirkung eines wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnten Richters bei einer Entscheidung liegt eine Gesetzes-

---

[2]) Auch der O.G.H. für Bayern hat sich dieser Ansicht angeschlossen. E. d. O.G.H. Bd. VI S. 258.

[3]) Prot. z. hann. E. S. 629—634. Es kann nicht von einer Besorgniß der Unparteilichkeit des Richters die Rede sein, wenn derselbe konstant in früheren Prozessen eine Rechtsansicht befolgte, die dem Ablehnenden in einem gleich oder nur ähnlich gelagerten Prozesse nicht günstig ist. Vergl. auch Wernz Bd. I S. 80 Nr. 1.

[4]) Prot. z. hann. E. S. 635.

[5]) Vergl. die Bemerkung zu § 44 a. E.

verletzung, wenn das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war, ebenso kann eine solche Entscheidung mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden.[6])

§ 43.

Eine Partei kann einen Richter wegen Besorgniß der Befangenheit nicht mehr ablehnen, wenn sie bei demselben, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung sich eingelassen oder Anträge gestellt hat.

Die Ablehnung wegen Ausschließung des Gesetzes ist an kein bestimmtes Stadium des Prozesses gebunden.[1]) Anders ist es bei den Gründen, welche den Parteien das Recht geben, einen Richter, ohne diesem die Befugniß zu nehmen, von Amtswegen seine Ausschließung veranlassen zu können, wegen Besorgniß der Befangenheit abzulehnen; sie sind dem Verzichte der Parteien unterworfen, auch kann ihretwegen eine Entscheidung nur angefochten werden, wenn ein Richter rechtzeitig abgelehnt und dem Ablehnungsgesuche Folge gegeben war.[2])

„Eine Partei". Ueber das Ablehnungsrecht des Hauptintervenienten vergleiche zu § 61, über das des Nebenintervenienten zu § 44 a. E. und § 64.

„des ihr bekannten". Diese Worte wurden bei Berathung des norddeutschen Entwurfs eingeschaltet, um deutlich auszudrücken, daß später entstandene Ablehnungsgründe zu berücksichtigen seien.[3])

„in eine Verhandlung sich eingelassen". Das Gesetz spricht von Verhandlung überhaupt, nicht von der Verhandlung zur Hauptsache (§ 247). Die Präsumtion des Verzichts auf Geltendmachung von Ablehnungsgründen liegt demnach schon vor, wenn die Partei sich überhaupt mit dem Richter in eine Verhandlung

---

[6]) §§ 513 Nr. 3, 542 Nr. 3.

[1]) Das wurde auch bei Berathung des hann. Entw. allgemein anerkannt. Prot. z. hann. E. S. 612.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 41—49.

[3]) Prot. z. nordd. E. S. 223, vergl. den folgenden §.

eingelassen hat. So sagen auch die Motive zu §§ 44—46 „nach erfolgter Einlassung". Eine Einlassung in eine Verhandlung ist aber nicht schon dann vorhanden, wenn die Parteien erschienen sind und die Verlegung eines Termins verlangen. Das geht klar aus der Geschichte des § hervor. Derselbe ist aus dem preußischen Entwurfe in die andern Entwürfe übergegangen und bei Berathung des norddeutschen Entwurfs anerkannt worden, daß die Sitzung zur Einleitung der mündlichen Verhandlung nach § 311 des preußischen Entwurfs, die Hinterlegung von Anträgen und das Verlesen dieser nicht als Verhandlung zu betrachten sei.[4] Die Verlegung eines Termins ist ebenso gut die Einleitung zu einer Verhandlung, wie die Anberaumung eines solchen. Die Verhandlung muß nicht gerade eine kontradiktorische im Sinne des Civilprozesses gewesen sein, eine solche im Sinne des § liegt vor, wenn die Parteien über einen vom Richter gemachten Vergleichsvorschlag vor demselben unterhandelt haben. Auch eine Verhandlung nach § 804 gehört hieher. Die Erlassung eines Versäumungsurtheils entzieht dem Verurtheilten nicht das Recht, den Richter abzulehnen, denn er hat sich in keine Verhandlung vor dem Richter eingelassen.

„Anträge gestellt hat". Sonderbarer Weise sagt das Gesetz „Anträge gestellt hat" und nach dem Wortlaute müßte man, da der Eingang des § lautet „eine Partei" nicht „die Parteien" fast meinen, daß ein Antrag, von welcher Natur er auch sein möge, der Partei ihr Recht auf Ablehnung des Richters nicht entzieht. Es ist dieß aber offenbar nur ein Versehen bei der Aufnahme des § in den Entwurf, da auch die früheren Entwürfe[5]) das Wort „Anträge" statt „einen Antrag" enthalten und speziell ein Uebersehen der Redaktionskommission. Bei Berathung sämmtlicher Entwürfe ist es Niemand eingefallen, den Verlust des Ablehnungsrechtes einer Partei davon abhängig machen zu wollen,

---

[4]) Prot. z. nordd. E. S. 105, 223.

[5]) Preuß. E. § 66, hann. E. § 36, nordd. E. § 25, J. M. E. § 42. Bei Berathung des hann. Entwurfs hat man das Wort „Verhandlungen" in „eine Verhandlung" abgeändert und doch „Anträge" stehen lassen! Prot. z. hann. E. S. 6633.

daß diese mehrere Anträge gestellt hat.[6]) Dagegen entscheidet allerdings die Natur des gestellten Antrags für das Ablehnungsrecht. Der Antrag auf eine die Einleitung der mündlichen Verhandlung betreffende Entschließung, wie die Bestimmung des Termins auf die bei dem Gerichtsschreiber eingereichte Ladung (§ 193) kann nicht hieher gerechnet werden.[7]) Der Antrag muß die Sache selbst betreffen, sonst müßte ja die Partei durch den Antrag auf Ausschließung des Richters bei diesem selbst[8]) schon ihr Ablehnungsrecht verlieren. Es ist allerdings im § nicht blos von bei der Verhandlung gestellten Anträgen die Rede, aber immer wird dabei vorausgesetzt, daß die Partei weiß, welcher Richter auf einen gestellten Antrag zu verfügen hat, was z. B. der Kläger bei einem aus mehreren Richtern bestehenden Amtsgerichte oder aus verschiedenen Kammern bestehenden Kollegialgerichte gar nicht wissen kann, wenn er die Klage zur Fixirung des Termins einreicht oder die Zulassung eines bedingten Zahlungsbefehls verlangt (§ 628).

§ 44.

Das Ablehnungsrecht ist bei dem Gerichte, welchem der Richter angehört, anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; der Eid ist als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen. Zur Glaubhaftmachung kann auf das Zeugniß des abgelehnten Richters Bezug genommen werden.

Der abgelehnte Richter hat sich über den Ablehnungsgrund dienstlich zu äußern.

Wird ein Richter, bei welchem eine Partei in eine Verhandlung sich eingelassen oder Anträge gestellt hat, wegen Besorg-

---

[6]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 44—46 Abs. 1 a. E. wird richtig bemerkt „nach Stellung eines Antrags“.

[7]) Ein das Gegentheil begründender Antrag wurde bei Berathung des hann. Entwurfs abgelehnt. Prot. z. hann. E. S. 4446.

[8]) Vergl. zu § 44.

niß der Befangenheit abgelehnt, so ist glaubhaft zu machen, daß der Ablehnungsgrund erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sei.

Die §§ 44—46 sollen das Verfahren regeln, das bei der Ausschließung oder Ablehnung eines Richters zu beobachten ist.[1])

„bei dem Gerichte". Hierunter ist nicht nur das Gericht als solches, sondern auch der mit der Verhandlung einer Sache beschäftigte Senat eines Kollegialgerichts und der Amtsrichter zu verstehen.

„anzubringen". Wenn auch die Civilprozeßordnung voraussetzt, daß im Anwaltsprozesse schon die Klage durch den bestellten Anwalt erhoben wird, so kann gleichwohl hier das Gesuch vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll gegeben werden, der Anwaltszwang erstreckt sich nicht auf § 44.[2]) Das Gesetz enthält keine Bestimmung, daß das Gesuch schriftlich eingereicht werden muß[3]) und kann keine solche enthalten, denn in den meisten Fällen wird die Partei, die ja auch im Anwaltsprozesse neben dem Anwalt erscheinen und Erklärungen abgeben kann (§ 128 Abs. 4), bei ihrem Erscheinen erst darüber aufgeklärt werden, vor welchem Richter sie zu verhandeln habe[4]) und sie muß sofort vor der Verhandlung ablehnen, wenn sie ihr Ablehnungsrecht nicht verlieren will. Das Gesuch ist auch in diesem Falle von dem Gerichtsschreiber besonders aufzunehmen. In das Sitzungsprotokoll gehört es nicht, sondern nur die Bemerkung, daß ein solches Gesuch gestellt wurde (§ 146).

„Der Ablehnungsgrund". Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs wurde die Fassung vorgeschlagen: Das Ablehnungsgesuch muß die Thatsachen, welche die Ablehnung begründen, unter Angabe der Beweismittel, bestimmt bezeichnen.[5]) Dasselbe sagt der

---

[1]) Soweit möglich, müssen sie auch bei Ablehnung eines Schiedsrichters beobachtet werden. Vergl. zu §§ 868, 871.

[2]) § 74. Vergl. die dort aus den Motiven entnommene Stelle.

[3]) Einzelne Prozeßgesetze fordern im Interesse der Würde der Verhandlung immer Schriftlichkeit.

[4]) Prot. z. hann. E. S. 641—643.

[5]) Prot. z. nordd. E. S. 106. Auch § 67 des preußischen Entwurfs enthält eine ähnliche Bestimmung, ebenso hann. Entw. § 37 Abs. 2.

§ kürzer mit den Worten: Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen, da die Partei, wenn sie keine Beweismittel für ihre Behauptung angibt, bei dem Widerspruche des abzulehnenden Richters gewärtigen muß, daß ihr Gesuch abgewiesen wird.

Die bayerische P.O. Art. 43 Abs. 2 bestimmt, daß mehrere vorhandene Ablehnungsgründe zusammen vorzubringen seien, ebenso spricht Art. 70 der Württemberger C.P.O. von „Ablehnungsgründen". Die gleiche Absicht hat § 44; wenn er sagt „der Ablehnungsgaund" und nicht „ein Ablehnungsgrund", so ist darunter jeder verstanden, der überhaupt geltend gemacht werden kann. Es kann nicht Absicht des Gesetzes sein, nach Beseitigung eines Ablehnungsgrundes wegen eines andern das ganze Verfahren wieder von vorn zu beginnen.

„glaubhaft zu machen". Ueber Glaubhaftmachen vergleiche die Bemerkungen zu § 266. Ein Glaubhaftmachen wird übrigens nur dann erfordert, wenn der Ablehnungsgrund nicht schon an sich notorisch oder bekannt ist.[6]) In den Motiven ist bemerkt, daß auch hier die Bestimmungen des § 266 Platz greifen mit der Abweichung, daß der Eid als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen ist, da eine Eidesdelation über das Mißtrauen in die Unparteilichkeit des Richters grundsätzlich nicht gebilligt werden könne.

„Zur Glaubhaftmachung — dienstlich zu äußern". Diese Sätze enthielt der Entwurf nicht. Sie entstanden durch die Berathung in der Justizkommission und einigen von der Redaktionskommission beliebten Aenderungen.[7]) Auf welche Art sich der Richter äußern solle, wurde hiebei nicht erörtert. Dagegen wurde bei Berathung der Strafprozeßordnung zweiter Lesung[8]) zu dem

---

[6]) § 38 des hann. Entw. fordert Angabe der Mittel, durch welche die Ablehnungsgründe nöthigenfalls bescheinigt werden sollen; bei Berathung dieses § wurde darauf hingewiesen, daß sich dieß von selbst verstehe. Prot. z. hann. E. S. 4848. Vergl. auch zu § 264.

[7]) Prot. d. J.K. S. 8, 10, 13 ff., 510. Beschl. d. Red.-Kom. Nr. XVI, XX. Besser stünde der zweite Satz als erster.

[8]) Prot. d. J.K. z. V.P.O. S. 1129.

ganz gleich lautenden Abs. 2 des § 20 des Entwurfs der Strafprozeßordnung das „Zeugniß des abgelehnten Richters“ beanstandet und, um zu vermeiden, daß unter Zeugniß eine zeugschaftliche Vernehmung zu verstehen sei, konstatirt, „daß unter Zeugniß eine dienstliche Aeußerung zu verstehen sei“. Der Reichstagsabgeordnete Struckmann äußerte bei dieser Gelegenheit, ohne von einer Seite Widerspruch zu finden, man dürfe unter Zeugniß nicht ein mündliches eidliches verstehen, vielmehr falle darunter auch eine außergerichtliche Aussage, die schriftlich überreicht werde. — Die hierin liegende Zweideutigkeit wird durch die Annahme beseitigt, daß der Richter eine schriftliche Erklärung abgeben muß und die Richtigkeit dieser Annahme ergibt sich aus dem Umstande, daß eine mündliche Erklärung nicht genügt, weil auch das im Instanzenzuge höhere Gericht diese kennen muß, wenn es über das Ablehnungsgesuch zu entscheiden hat (§§ 45, 46 Abs. 2), auch das Gesetz Bestimmungen darüber von wem? und wie? der abgelehnte Richter zu vernehmen ist u. dergl. nicht enthält. Daß der abzulehnende Richter bei der Verhandlung über das Ablehnungsgesuch erscheint, verträgt sich einestheils doch nicht mit der Würde des Richterstandes und ist anderntheils durch die Fassung des § ausgeschlossen, denn die Partei soll sich auf das (also schon vorhandene) Zeugniß des Richters beziehen können.

Die dienstliche Erklärung des Richters über die Richtigkeit des Ablehnungsgrundes macht jedes weitere Beweisverfahren überflüssig.[9]) Es versteht sich auch von selbst, daß der abgelehnte Richter von dem Gerichtsvorstande oder dessen Stellvertreter, wenn der Gerichtsvorstand selbst abgelehnt wird, zur Abgabe der erwähnten Erklärung veranlaßt wird, was am Besten sogleich mit Bekanntgabe des eingelaufenen Gesuchs geschieht.[10]) Wird das Gesuch bei dem abzulehnenden Richter selbst bei Beginn einer mündlichen Verhandlung gestellt, so ergibt sich schon hieraus Veranlassung zur Abgabe einer Erklärung.

---

[9]) Prot. d. J.K. S. 13, 510. Diese hier ausgesprochene Ansicht fand nirgends Widerspruch.

[10]) Vergl. die Bemerk. zu § 47.

„ist glaubhaft zu machen, daß der Ablehnungsgrund erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sei". Ueber diese beiden Punkte ist der Eid nicht, wie in Absatz 1 des §, als Mittel zur Glaubhaftmachung ausgeschlossen. Die Motive bemerken hiezu, daß nur im Falle des Absatz 3 des § eine Partei nach § 266 zum Eide darüber gelassen wird, daß der Ablehnungsgrund erst nach erfolgter Einlassung oder Stellung eines Antrags entstanden oder ihr bekannt geworden ist.[11]) Dies wird z. B. der Fall sein bei einer nach der Verhandlung erfolgter Verehelichung des Richters mit der Partei oder einer der in § 41 Nr. 3 genannten Personen, oder wenn eine andere Person in den Streit eintritt, die zur Ablehnung berechtigt ist. Der Nebenintervenient und Litisdenunciat ist als Partei zu betrachten, er ist nicht Hauptpartei, aber Nebenpartei, und gehört demnach zu den Parteien. Wenn man annimmt, wie dieß allgemein geschieht, daß der Richter selbst Partei ist, wenn er als Nebenintervenient in einem Prozesse erscheint und hiedurch von der Thätigkeit als Richter ausgeschlossen ist, so muß umgekehrt konsequenter Weise auch der Nebenintervenient als Partei betrachtet werden, wo es sich um Ablehnung eines Richters handelt.

§ 45.

Ueber das Ablehnungsgesuch entscheidet das Gericht, welchem der Abgelehnte angehört; wenn dasselbe durch Ausscheiden des abgelehnten Mitgliedes beschlußunfähig wird, das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht.

Wird ein Amtsrichter abgelehnt, so entscheidet das Landgericht. Einer Entscheidung bedarf es nicht, wenn der Amtsrichter das Ablehnungsgesuch für begründet hält.

„welchem der Abgelehnte angehört". Dieser Passus kann sich nach dem übrigen Inhalt des § nur auf Kollegialgerichte beziehen. Hat über die Ablehnung eines Handelsrichters die

---

[11]) Bes. Begr. d. E. a. a. O., vergl. auch Prot. z. nordd. E. S. 47.

Kammer für Handelssachen zu entscheiden? Nein, denn sie ist nur für bestimmte Rechtsverhältnisse zuständig (G.V.G. § 101) und nur eine Abtheilung des Landgerichts. Dieses entscheidet und zwar die Civilkammer, da diese mit der Strafkammer die regelmäßigen Abtheilungen des Landgerichts bildet, die Kammern für Handelssachen nur zufällige Abtheilungen sind.

„im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht". Das zunächst höhere Gericht ist durch die §§ 71, 123 Nr. 1, 4, § 135 des Gerichtsverfassungsgesetzes und § 8 des Einführungsgesetzes hiezu bestimmt.

Mitglieder des Reichsgerichts oder eines obersten Landesgerichts können nur insoweit abgelehnt werden, als diese Gerichte durch die Ablehnung nicht beschlußunfähig werden, da es kein Gericht gibt, das ein zunächst höheres ist. Einmal muß das Ablehnungsrecht eine Grenze finden und es darf nicht in der Hand einer Partei liegen, eine Instanz und dadurch die Entscheidung eines Rechtsstreits selbst unmöglich zu machen.[1])

„entscheidet das Landgericht". Die Motive bemerken: Daß über die Ablehnung gegen einen Amtsrichter das Landgericht entscheidet, ist eine Konsequenz des in Absatz 1 aufgestellten Prinzips, daß an Stelle des durch Ausscheiden des abgelehnten Richters beschlußunfähigen Gerichts das im Instanzenzuge vorgeordnete zu entscheiden hat. Denn das Amtsgericht wird durch die Ablehnung des Amtsrichters stets beschlußunfähig, auch wenn es mit mehreren Richtern besetzt ist, da die Amtsrichter prinzipiell als Einzelrichter handeln.[2]) Das Landgericht und jedes im Instanzenzuge höhere Gericht kann mit der Entscheidung des Ablehnungsgesuchs die Bestimmung des zuständigen Gerichts verbinden (§ 36 Nr. 1).

---

[1]) Bei Berathung des hann. Entw. wurde unter den verschiedenen Vorschlägen über das zu beobachtende Verfahren, wenn das oberste Gericht durch Verhinderung einzelner Mitglieder beschlußunfähig sei, auch der gemacht, für die verhinderten Mitglieder die im Dienstalter ältesten Mitglieder der Kollegialgerichte zu berufen, Prot. z. hann. E. S. 609. Dem steht aber § 134 des G.V.G. entgegen, § 69 ist in § 133 des G.V.G. absichtlich nicht aufgenommen.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 44—46.

„wenn der Amtsrichter das Ablehnungsgesuch für begründet hält“, geht es nicht an, auch noch die Zustimmung seines Substituten zu fordern, durch die der Amtsrichter bei der Ausübung der Erklärungspflicht auf das Ablehnungsgesuch unter die Kontrole des Substituten gestellt wäre.[3]) Da aber mit der Ausscheidung des Amtsrichters, wie erwähnt, das Amtsgericht beschlußunfähig geworden ist. so muß das Landgericht, mag nun der Amtsrichter in Folge eines Ausschließungsgrundes oder eines Ablehnungsgrundes ausgeschieden sein, ein anderes Amtsgerichts ernennen, das sich mit der Sache zu befassen hat, ohne die Rechtmäßigkeit der Ausscheidung des Amtsrichters prüfen zu dürfen.

§ 46.

Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch für begründet klärt wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt.

Diese Bestimmungen sowie die in § 44 Abs. 1 enthaltenen sind die einzigen, welche die Civilprozeßordnung, entgegen den verschiedenen neueren Prozeßgesetzen und Entwürfen, über das einzuhaltende Verfahren aufstellt. In den Motiven zu § 46 ist lediglich bemerkt: Das Ablehnungsgesuch kann auch kurzer Hand dadurch erledigt werden, daß der abgelehnte Richter ausscheidet und ohne Weiteres ein anderer Richter für ihn eintritt.[1]) Die

---

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 44—46 Abs. 2. Der nordd. Entw. § 29 hatte dem Amtsrichter zur Pflicht gemacht, die Sache einem Substituten zu übergeben, wenn er das Ablehnungsgesuch für begründet erachtete.

[1]) In § 38 des hann. Entwurfs ist bemerkt: Wird ein Mitglied eines Kollegialgerichts abgelehnt, so hat der Vorsitzende die Erklärung des Abgelehnten einzuholen, *soferne er die Sache nicht durch geeignete Anordnung zu erledigen vermag.* — Es wurde die Streichung des Schlußsatzes beantragt, aber der Antrag abgelehnt, weil die Befugniß des Vorsitzenden *von der Gerichtsordnung* abhänge. Prot. z. hann. E. S. 1304 ff.

Ansicht der Motive ist in Hinsicht auf §§ 62, 68, 121, 133 des Gerichtsverfassungsgesetzes nicht zu beanstanden. Statt des abgelehnten Richters wird, vorausgesetzt, daß der abgelehnte Richter damit einverstanden ist, auf Anordnung des Vorsitzenden der Stellvertreter ein, die formelle Entscheidung des Ablehnungsgesuchs ist dadurch beseitigt.

„kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen". Das ist eine oft von der Civilprozeßordnung getroffene Bestimmung.[2]) Das Gericht kann, wenn es eine mündliche Verhandlung für nothwendig erachtet, eine solche anordnen, aber eben so gut kann es das Ablehnungsgesuch der Partei auch ohne Zuziehung derselben in einer mit Ausschluß der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit stattfindenden Sitzung erledigen. Die Ladung von Zeugen zu solchen Sitzungen kann nicht wohl nach § 191 ff. geschehen, sie hat durch das Gericht zu erfolgen (§ 342). Daß dieser Sitzung der abgelehnte Richter nicht beiwohnen und an der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch nicht mitwirken kann, wurde wohl als selbstverständlich im Gesetze nicht besonders aussprochen,[3]) ebenso, daß der ablehnenden Partei eine Abschrift des das Ablehnungsgesuch verwerfenden Beschlusses zuzustellen ist, was das Gericht durch einen Gerichtsvollzieher durch Vermittlung des Gerichtsschreibers zu bewirken hat. (§§ 154, 156 Abs. 2). Es handelt sich hier nicht um Zustellung zwischen Parteien; die eine erfährt möglicher Weise gar nichts von dem Ablehnungsgesuch der andern.

„findet kein Rechtsmittel statt". Nicht nur, wenn das Gesuch für begründet begründet erachtet wird, sondern auch, wenn in Folge der Ablehnung eines Amtsrichters oder der Beschlußunfähigkeit des Gerichts ein anderes Gericht gleicher Art bestimmt wird.[4])

---

[2]) Ueber mündliche Verhandlung vergl. zu § 119. In der dort aufgeführten Stelle der allgem. Begr. zu § 4 des Entwurfs ist besonders auf das Verfahren bei Gesuchen um Ablehnung eines Richters hingewiesen.

[3]) Wie dieß in § 72 des preuß. Entw. und § 30 des nordd. Entwurfs geschehen ist. In letzterem erfolgte jedoch die Aufnahme nur mit Rücksicht auf den preuß. Entwurf ohne nähere Motivirung. Prot. z. nordd. E. S. 109, 2125.

[4]) S. 261 a. E.

„für unbegründet erklärt wird“. Es macht keinen Unterschied, ob dieß aus materiellen Gründen oder aus formellen geschieht, z. B. weil die Partei sich auf eine Verhandlung eingelassen hat, oder weil ein Ablehnungsgrund erst nach einem andern, der nicht berücksichtigt wurde, geltend gemacht wurde, obgleich er schon früher bestand.

„findet sofortige Beschwerde statt“. Was unter sofortiger Beschwerde zu verstehen ist, lehrt § 540. Die Beschwerde hat hier, da der § 46 nicht unter die Ausnahmen des § 535 aufgeommen ist, keine aufschiebende Wirkung, so daß der ohne Erfolg abgelehnte Richter sofort wieder in seine Richterfunktionen eintreten kann.[5]) Der hannover'sche Entwurf § 41 sowie der norddeutsche Entwurf § 32 behandeln das Verfahren kostenfrei, wenn dem Ablehnungsgesuche stattgegeben wird, überbürden aber entgegengesetzten Falls die Kosten der ablehnenden Partei, ersterer sogar unter Zulassung einer Frivolitätsstrafe. Die Civilprozeßordnung hat hierüber in Uebereinstimmung mit dem preußischen Entwurf keine Bestimmung getroffen. Die Frage wurde bei der Berathung in der Justizkommission angeregt, aber nicht entschieden.[6]) Da aber die Bestimmungen des fünften Titels offenbar hieher nicht passen, wird nichts erübrigen, als der ablehnenden Partei immer die Kosten des Verfahrens zu überbürden.[7]) Der § 87 handelt von den Kosten des Rechtsstreits, worunter die durch ein Ablehnungsgesuch entstandenen gewiß nicht zu rechnen sind.

§ 47.

Ein abgelehnter Richter hat vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur solche Handlungen vorzunehmen, welche keinen Aufschub gestatten.

---

[5]) Besser enthält er sich aber mit der in § 47 statuirten Ausnahme solcher Funktionen vor Bescheidung der Beschwerde, weil, wenn dieser stattgegeben wird, gegen eine von ihm erlassene oder unter seiner Mitwirkung erfolgte Entscheidung die Nichtigkeitsklage stattfindet, § 542 Abs. 3.

[6]) Prot. d. J.K. S. 14.

[7]) Möglicher Weise werden in den Einführungsgesetzen hierüber Bestimmungen getroffen, was sehr zu wünschen wäre.

„Ein abgelehnter Richter". Da entsteht die Frage, fällt hierunter auch ein auf Grund der Bestimmungen des § 41 abgelehnter Richter, oder darf dieser überhaupt gar keine Handlungen vornehmen? Die erste Alternative wird zu bejahen sein. Das Gesetz unterscheidet wohl absichtlich nicht, aus welchtn Gründen die Ablehnung erfolgte; es ist, wenn der Richter selbst seine Ablehnung auf Grund des § 41 nicht für gerechtfertigt hält, zweifelhaft, ob das Ablehnungsgesuch begründet ist. Auch sonst wird nicht zwischen einem auf Grund des § 41 oder wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnten Richter unterschieden[1]) und die Vornahme von keinen Aufschub gestattenden Handlungen liegt ja nur im Interesse der Parteien.

Aus dem Wortlaute des § folgt von selbst, daß dem abgelehnten Richter sofort nach dem Einlaufe des Ablehnungsgesuchs, wenn dieses nicht direkt an ihn gerichtet ist oder der deßfallsigen Protokollarerklärung bei dem Gerichtsschreiber hievon Mittheilung geschehen muß, da er sonst wenigstens nicht immer Veranlassung haben wird, seine amtliche Thätigkeit einzustellen.[2])

„welche keinen Aufschub gestatten". Das Gesetz hat eine Spezialisirung dieser Fälle unterlassen. Zunächst hat also der abgelehnte Richter zu entscheiden, ob die Handlung, die er vornimmt, eine dringende ist, und wenn dem Ablehnungsgesuch stattgegeben wird, kann die ablehnende Partei nicht beanstanden, daß die vorgenommene Handlung eine dringende gewesen sei. Die subjektive Ansicht des Richters allein ist hier entscheidend und der Partei steht dagegen kein Rechtsmittel zu. Die vorgenommene Handlung bleibt rechtswirksam.

Wird ein Amtsrichter abgelehnt und dieser hält das Ablehnungsgesuch für begründet, darf er überhaupt keine Handlungen mehr vornehmen, auch nicht solche, die keinen Aufschub gestatten, denn dann ist das Ablehnungsgesuch schon erledigt (§ 45 Abs. 2).[3])

---

[1]) Vergl. bes. Begr. d. E. zu § 489.

[2]) S. 252 zu § 42.

[3]) Es wäre zu wünschen, daß der hierin für die Parteien liegenden Gefahr eines unersetzlichen Schadens auf irgend eine Weise vorgebeugt würde.

Der § 47 ist auch dann anzuwenden, wenn ein Fall des § 48 gegeben ist und der Richter Anzeige machte, so lange das Gericht noch keine Entscheidung getroffen hat. Beide Fälle sind gleich gelagert, in dem einen wie in dem andern weiß der Richter, daß es sich um seine Ablehnung handelt, und in beiden Fällen hat die Entscheidung des Gerichts dieselben rechtlichen Folgen.

§ 48.

Das für die Erledigung eines Ablehnungsgesuches zuständige Gericht hat auch dann zu entscheiden, wenn ein solches Gesuch nicht angebracht ist, ein Richter aber von einem Verhältnisse Anzeige macht, welches seine Ablehnung rechtfertigen könnte, oder wenn aus anderer Veranlassung Zweifel darüber entstehen, ob ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen sei.

Die Entscheidung erfolgt ohne vorgängiges Gehör der Parteien.

Die Motive bemerken hiezu: Die Entscheidung des zuständigen Gerichts über die Ausschließung oder Ablehnung eines Richters kann auch ohne einen vorhergehenden Antrag einer Prozeßpartei herbeigeführt werden, und zwar auf Anregung des betreffenden Richters oder anderer Gerichtsmitglieder, wenn Zweifel darüber entstehen, ob der Richter für den Rechtsstreit kraft Gesetzes ausgeschlossen sei (§ 41) auf Anregung nur des betreffenden Richters, wenn derselbe dem Gerichte einen Grund mittheilt, welcher seine Ablehnung wegen Besorgniß der Befangenheit rechtfertigen würde.[1]) Hieraus ergibt sich, daß bezüglich der zweiten Alternative des § jedes Gerichtsmitglied Anzeige erstatten kann,[2]) nicht aber bezüglich der ersteren.

„zuständige Gericht". Welches Gericht zuständig ist, bestimmt § 45. Es fragt sich aber, ob ein Landgericht, bei dem Zweifel darüber entstehen, ob ein Amtsrichter, der von einem Verhältnisse,

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 48.

[2]) Deutlicher ist dies in § 34 des nordd. Entw. ausgedrückt.

das seine Ablehnung nach § 41 rechtfertigen könnte, keine Anzeige gemacht hat, auch nach § 48 zu entscheiden hat, wenn es aus anderer Veranlassung von einem solchen Verhältnisse Kenntniß erhält? Nach der allgemeinen Fassung des § 48 muß die Frage bejaht werden. Das Landgericht ist immer das für das Gesuch um Ablehnung eines Amtsrichters zuständige und der § 48 beschränkt die Anzeige nicht, wie die Motive, auf die Anzeige anderer Gerichtsmitglieder. Daß das Berufungsgericht wesentliche Mängel des Verfahrens und namentlich die Theilnahme eines kraft des Gesetzes ausgeschlossenen Richters von Amtswegen zu berücksichtigen hat,[3]) steht nicht entgegen, denn ob das Urtheil eines Amtsgerichts mit der Berufung angefochten wird, ist ja nie vorauszusehen.

„ein Richter aber von einem Verhältnisse Anzeige macht“. Im Entwurfe hieß es statt dessen: ein Richter aber dafür hält, daß seine Ablehnung gerechtfertigt sein werde. Die Abänderung wurde aber getroffen, weil dem Richter nicht zugemuthet werden könne, sich positiv darüber zu äußern, ob er seine Ablehnung für gerechtfertigt halte oder nicht.[4]) Der § macht aber weder dem Richter, der glaubt, er könne abgelehnt werden, noch einem andern Gerichtsmitgliede zur Pflicht, davon Anzeige zu erstatten. Ein entgegenstehender Antrag in der Justizkommission, der den Richter hiezu verpflichten wollte, wurde abgelehnt.[5]) Nach dem Wortlaut des § könnte man glauben, daß schon die Anzeige des Richters das Gericht zu einer Entscheidung berechtige; dem steht aber § 42

---

[3]) § 501 und Motive zu §§ 480 und 489 des Entwurfs.

[4]) Prot. d. J.K. S. 14, 511. Auch im Falle des § 48 darf also der Richter alle Richterhandlungen vornehmen, ohne daß eine der Parteien dieselben beanstanden kann, soweit § 47 dieß zuläßt. Vergl. diesen.

[5]) Der Vertreter des Bundesraths v. Amsberg bemerkte, eine derartige Verpflichtung gehöre in die Diensteinstruktion, nicht in die Prozeßordnung. Prot. d. J.K. S. 511. — Es dürfte zu bezweifeln sein, ob ein von der Justizkommission abgelehnter Antrag, dessen Annahme tief in die Prozeßführung eingegriffen hätte, durch eine Diensteinstruktion wieder in's Leben gerufen werden kann.

Abs. 2 entgegen, das Gericht hat zu prüfen, ob das Verhältniß geeignet ist, Mißtrauen zu erregen.

„ohne vorgängiges Gehör der Parteien", was im Falle des § 46 zulässig ist. Auch hier ist aber der Kostenpunkt nicht erwähnt. Wenn also Zeugen zu vernehmen sind, um ein Verwandtschaftsverhältniß aufzuklären u. dgl., muß die Staatskasse die Kosten tragen.

§ 49.

Die Bestimmungen dieses Titels finden auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung; die Entscheidung erfolgt durch das Gericht, bei welchem der Gerichtsschreiber angestellt ist.

Der § wird dadurch motivirt, daß eine solche Bestimmung über die Ablehnung des Gerichtsschreibers um so nothwendiger erscheine, je wichtiger die Verrichtungen des Gerichtsschreibers[1]) nach dem Systeme der Civilprozeßordnung sein würden.[2])

Die Worte des hannover'schen Entwurfs § 43: „die Bestimmungen — sind anzuwenden" wurden schon bei Berathung des norddeutschen Entwurfs in: „die Bestimmungen — finden entsprechende Anwendung" umgeändert[3]) So kann z. B. ein Gerichtsschreiber bei einer Entscheidung nicht unmittelbar mitwirken. Aber leicht kann es vorkommen, daß ein Gerichtsschreiber in der höhern Instanz als früherer Richter in der untern Instanz an einer Entscheidung unmittelbar mitwirkte, die nun in der höheren Instanz zu prüfen ist.

Das Ablehnungsgesuch kann bei dem Gerichtsschreiber selbst zu Protokoll gegeben werden (§ 44 Abs. 1).

In wie weit eine Partei vor dem Gerichtsschreiber sich in eine Verhandlung einlassen oder Anträge stellen kann, wird durch die Geschäftseinrichtung bestimmt (§ 154 des G.V.G.) Es wird

---

[1]) Dessen Aufstellung, beiläufig bemerkt, zuerst von der peinlichen Gerichtsordnung vom Jahre 1532 gefordert wurde.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu § 49.

[3]) Prot. z. nordd. E. S. 111.

übrigens vorausgesetzt, daß bei der Verhandlung oder dem Antrag, durch welche das Ablehnungsrecht erlischt, der Gerichtsschreiber selbstständig handelte; eine Einlassung in eine Verhandlung vor dem Gerichtsschreiber liegt nicht vor, wenn dieser bei einer solchen nur niederschrieb, was ihm ein Richter diktirte.[4]) Hieher gehören demnach Anträge auf seine Vermittlung um Zustellung (§ 154), nicht aber kann die Einreichung eines Schriftsatzes allein bei dem Geschichtsschreiber (§ 233) als Verhandlung oder Antrag betrachtet werden.

Daß die Verwandtschaft des Gerichtsschreibers mit dem Richter als Ausschließungsgrund nicht aufgestellt wurde, wird nach den Motiven dadurch gerechtfertigt, daß im mündlichen Verfahren kein ausreichender Anlaß liege, da die Amtspflichten des Gerichtsschreibers ihre Spitze nicht in einer Kontrole des Richters haben.[5])

Auch die Verhandlungen, an denen der Gerichtsschreiber gegen die Bestimmungen des vierten Titels mitgewirkt hat, sind nichtig und können mit der Revision angefochten werden. In wie fern freilich ein Gerichtsschreiber an einer Entscheidung mitgewirkt hat (§ 513 Nr. 2, 3; § 542 Nr. 2, 3), wird schwer zu konstatiren sein[6]) und selbst bei der in § 286 Abs. 3 vorgeschriebenen Handlung des Gerichtsschreibers ist dieß nicht der Fall.

Ein Ablehnungsrecht gegenüber dem Gerichtsvollzieher kennt die Civilprozeßordnung nicht, auch nicht in Fällen, wo der Gerichtsvollzieher kraft des Gesetzes von der Ausübung seines Amts ausgeschlossen ist (§ 156, I G.V.G.)

---

[4]) Die bayer. P.O. § 52 Abs. 1 hat dieß ausdrücklich bestimmt. Vergl. auch E. d. O.G.H. Bd. VI S. 259.

[5]) Auch wird dort darauf hingewiesen, daß gegenüber den Beamten der Staatsanwaltschaft die Parteien des Ablehnungsrechts nicht bedürfen. Bes. Begr. d. E. zu § 49.

[6]) Als Beispiel mag dienen, wenn der Gerichtsschreiber die Zeugenaussagen protokollirt hat und auf Grund dieser das Urtheil erlassen wurde.

Zweiter Abschnitt.

Parteien.

Erster Titel.

Prozeßfähigkeit.

§ 50.

Die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, die Vertretung nicht prozeßfähiger Parteien durch andere Personen (gesetzliche Vertreter) und die Nothwendigkeit einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, soweit nicht die nachstehenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten.

„einer Partei". Es ist bereits bemerkt worden,[1]) daß sich ein bürgerlicher Prozeß nicht denken läßt, ohne zwei Parteien — Kläger und Beklagter. Diese sind Hauptparteien des Prozesses. Aber auch die Nebenintervenienten gehören zu den Parteien als Nebenpartei und fallen unter den § 50.

„die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen", ist nicht die Fähigkeit einer Person — einer physischen wie juristischen — Kläger oder Beklagter sein zu können, denn das kann Jedermann und diese Fähigkeit heißt Parteifähigkeit,[2]) sondern ist gleichbedeutend mit dem Ausdrucke des gemeinen Civilprozesses legitima persona standi in judicio. Unter Prozeßfähigkeit versteht demnach die Civilprozeßordnung die Fähigkeit einer Partei, einen Prozeß, an dem sie betheiligt ist, selbst zu führen oder durch einen Prozeßbevollmächtigten führen zu lassen, ohne Rücksicht, ob ihr die Rolle des Klägers oder Beklagten zufällt.

---

[1]) S. 7—8.

[2]) Bayer, Vortr. zu Martin's Lehrbuch § 35. Wetzell, System §§ 11, 12.

Die Prozeßfähigkeit ist ein Ausfluß der Handlungs- und Dispositionsbefugniß.[3]) Wer aber handlungsfähig und dispositionsfähig ist, bestimmt das bürgerliche Recht, die Vorschriften desselben ergeben daher, wer als prozeßfähig betrachtet werden muß.[4])

„nicht prozeßfähiger Parteien". Nach den Grundsätzen der Civilprozeßordnung sind nicht prozeßfähig:

a) die physischen Personen, welche keinen Willen haben, wie Kinder, Geisteskranke u. dgl.;

b) die physischen Personen, welche willensfähig sind, aber welche keine oder nur eine beschränkte Dispositionsbefugniß haben, (letzterenfalls mit der Maßgabe des § 51 Abs. 1). Zu dieser Kategorie gehören die minderjährigen Hauskinder, die Verschwender,[5]) der minderjährige Emanzipirte des französischen Rechts (code civil Art. 476 ff.) und alle Personen, welche aus irgend einem Grunde unter Vormundschaft — Tutel oder Kuratel — stehen und nicht ohne Vormund, Kurator, Pfleger u. s. w. handeln können;

c) die juristischen Personen und Personenvereine und Vermögensmassen, welche als solche klagen und verklagt werden können (§§ 19, 157).[6])

Die Motive stellen sich hiemit im Allgemeinen auf den Standpunkt des gemeinen Rechts; wo aber partikularrechtlich weiter einschränkende Bestimmungen bestehen, werden selbstverständlich diese durch den nicht dispositiven Theil des Gesetzes nicht berührt.[7])

Zu a. Es ist unstatthaft, die Bestimmungen über fehlende Handlungsfähigkeit auf solche Personen auszudehnen, welche nur schwachsinnig und einfältig sind (stulti und simplices), obwohl auch diese Geistesbeschränktheit bei Rechtsgeschäften besonders ver-

---

[3]) Besteht ja die Prozeßführung doch selbst nur aus einer größeren oder kleineren Anzahl selbstständiger Handlungen, deren chronologische Reihenfolge durch das Gesetz bestimmt oder durch die Natur der Sache geboten ist.

[4]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 50—55 Abs. 1 u. 2.

[5]) Vergl. § 51 Anm. 28.

[6]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[7]) Vergleiche hiezu § 51.

wickelter Art oder bei hohem Grade möglicher Weise in Betracht kommen kann;[8]) diese gehören im Allgemeinen nicht zu den nicht prozeßfähigen Personen. Geisteskranke, die nicht unter Kuratel stehen, sind nach gemeinem Rechte nur so lange nicht fähig, sich vertragsmäßig zu verpflichten, als der krankhafte Zustand dauert. In lichten Zwischenräumen können sie sich verpflichten; so lange dieser lichte Zwischenraum dauert, sind sie auch prozeßfähig.[9])

Zu b. Die minderjährigen Hauskinder sind nicht zu allen Prozeßhandlungen absolut unfähig, wenn ihnen auch die Prozeßfähigkeit im Allgemeinen abgeht, das Nähere siehe zu § 54 Abs. 2.

Zu c. Hier liegt der Schwerpunkt wieder in den Worten „als solche verklagt werden können". Diese juristischen Personen werden in den Motiven zu § 55 des Entwurfs ausdrücklich als „parteifähige Prozeßsubjekte" bezeichnet, da tritt der Unterschied zwischen Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit recht deutlich hervor, wenn auch scheinbar nicht in Uebereinstimmung mit dem in § 51 an die Spitze gestellten Prinzip. Dadurch, daß diese juristischen Personen nur durch gesetzliche Vertreter Verträge abschließen können, stehen sie im Gegensatz zu den in § 51[10]) genannten Personen.

„gesetzliche Vertreter". Der technische Ausdruck „gesetzlicher Vertreter" findet sich schon im § 83 des preußischen Entwurfs; er wurde beibehalten, um eine bestimmte Bezeichnung des Vertreters einer nicht prozeßfähigen Partei gegenüber dem Vertreter einer prozeßfähigen und gegenüber dem Prozeßbevollmächtigten zu haben.[11]) Wer im konkreten Falle der gesetzliche Vertreter der

---

[8]) Seuffert, Pand. §§ 32, 74. Thibaut, Pand. § 445. Windscheid, Pand. §§ 54, 71. Seuffert, Archiv Bd. XXV N. 245. Code civil Art. 499. Vergl. auch preuß. L.R. Thl. II Tit. 18 §§ 15 ff.

[9]) Das wurde bei Berathung des hannover'schen Entwurfs anerkannt. Prot. z. hann. E. S. 690. Bayer. L.R. Thl. I c. VII § 37 Nr. 3, selbst dann, wenn sie unter Kuratel stehen. Ebenso nach sächs. bürg. G. §§ 1984, 2069. Dagegen Code civil Art. 1489. Auch das preuß. L.R. kennt solche lichte Zwischenräume nicht und unterscheidet lediglich, ob Geisteskranke unter Kuratel stehen oder nicht. Förster, preuß. Pr.R. Bd. I S. 133.

[10]) Vergl. zu diesem.

[11]) Prot. z. hann. E. S. 1306—1307, 4893.

nicht prozeßfähigen Partei ist, bestimmt das bürgerliche Recht. Der gesetzliche Vertreter bildet den Gegensatz zu dem gewählten oder obrigkeitlich bestellten, indessen zählt die Civilprozeßordnung auch den letzteren zu den gesetzlichen Vertretern. In so fern er in Folge gesetzlicher Bestimmung aufgestellt werden muß, wie der Vormund für elternlose Minderjährige, der Massekurator für die Gantmasse, ist nichts dagegen zu erinnern.[12])

Die Motive bemerken: „Alle nicht prozeßfähigen Parteien werden im Prozesse durch gesetzliche Vertreter vertreten."[13]) Auch das ist nur relativ richtig. Die Vertretung der juristischen Personen, Vereine u. s. w.[14]) richtet sich nach civilrechtlichen und staatsrechtlichen Bestimmungen, nach Verträgen, Statuten — in so fern diese Verhältnisse durch Gesetz geregelt sein müssen, kann man den Motiven beipflichten. Der gesetzliche Vertreter hat im Allgemeinen und so lange nichts Abweichendes vorgeschrieben ist, die Befugnisse und Pflichten einer Partei — oder, wie sich die württembergische Prozeßordnung Art. 85 und die bayerische Art. 60 ausdrücken — der gesetzliche Vertreter steht der Partei gleich[15]) und ist wie diese zu allen Prozeßhandlungen befugt, so weit das Gesetz nicht etwas Anderes bestimmt.[16]) Konsequenzen dieses im Gesetze ausdrücklich nicht ausgesprochenen Grundsatzes enthalten die §§ 82 (in Betreff der Vollmacht), 219, 223 (rücksichtlich der Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens), 391, 433, 435, 436, 439 (in Ansehung des Eides), 210 (in Betreff der Ver-

[12]) Ueber mehrere gesetzliche Vertreter vergl. die folgenden Bemerkungen und zu § 436.

[13]) Aber neben diesen ist auch die Partei im Urtheil zu bezeichnen. § 284.

[14]) Die C.P.O. enthält nur Bestimmungen über die Zustellung an solche — § 157 — und über die gesetzlichen Vertreter der hereditas jacens bei Zwangsvollstreckungen, § 694.

[15]) Schon bei Berathung des norddeutschen Entwurfs (§ 436) war man einig, daß, wo die Partei genannt sei, darunter im Allgemeinen auch der gesetzliche Vertreter einer prozeßunfähigen Partei verstanden werde. Prot. z. nordd. E. S. 140.

[16]) Auch ein Generalbevollmächtigter hat beinahe gleich weit gehende Befugnisse, gleichwohl ist er nicht gesetzlicher Vertreter. Vergl. die Bemerkungen zu § 159.

säumungen). Auch die Bestimmungen in § 157 über die Zustellungen können hieher gerechnet werden.[17])

Hat eine prozeßfähige Partei mehrere gesetzliche Vertreter z. B. Vormund und Mitvormund, so ist jeder derselben zur Prozeßführung für die Partei legitimirt, der gesetzliche Vertreter ist gleich der Partei. Auch in Art. 117 des A.D.H.G. ist dieß anerkannt.

Einzelne gesetzliche Vertreter:

Landesfürsten;

über die Vertretung der Könige von Bayern, Sachsen und Württemberg bezw. deren Civilliste siehe S. 109—110.

Fiskus;

über die Vertretung des Reichsfiskus, des Fiskus in Bayern, Sachsen und Württemberg vergleiche § 20.

Gemeinden, gemeindliche Stiftungen;

in Bayern sind die gesetzlichen Vertreter der Distriktsgemeinden der Distriktsrath und beziehungsweise der aus der Mitte desselben gewählte Distriktsausschuß,[18]) der Kreisgemeinden der Landrath,[19]) der Gemeinden diesseits des Rheins in Städten und Märkten mit städtischer Verfassung die Magistrate, in den übrigen Gemeinden die Ausschüsse, in der Pfalz der Gemeinderath, vertreten durch den Bürgermeister. Sind mehrere Ortschaften zu einer Stadt- oder Landgemeinde vereinigt, werden sie gleichfalls durch Magistrat oder Gemeindeausschuß vertreten, in der Pfalz durch den Gesammtgemeinderath.[20])

Für Prozesse der Gemeindeglieder darüber, ob eine Sache Eigenthum der Gemeinde oder Privateigenthum sei, oder ob Einzelne Nutzrechte am Gemeindeeigenthum haben, stellt — diesseits wie jenseits des Rheins — die vorgesetzte Verwaltungsbehörde einen Anwalt auf.[21])

---

[17]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 50—55.

[18]) Ges. v. 28. Mai 1852, die Distriktsräthe betr. Art. 11, 16.

[19]) Ges. v. 28. Mai 1852, die Landräthe betr. Art. 15.

[20]) Gem.-Ordn. f. die Landestheile Bayerns diesseits des Rheins Art. 84, 130, 153; für die Pfalz Art. 54, 85.

[21]) Gem.-Ordn. f. d. Land. diess. d. Rheins Art. 37, für die Pfalz Art. 28.

Was von den Gemeinden gilt, ist auch auf die von den Gemeinden verwalteten Stiftungen anzuwenden.[22])

In Sachsen wird die Stadtgemeinde durch den Stadtrath[23]) und bezw. durch den vom Stadtrathe ernannten Vertreter vertreten, die Landgemeinden durch den Gemeinderath und bezw. dessen Vorstand, kleinere nicht mehr als 25 Mitglieder zählende Gemeinden vertritt die Gemeindeversammlung.[24])

Stiftungen müssen in Sachsen, wenn sie Vermögensrechte haben wollen, vom Staate anerkannte juristische Personen sein, die ihre Rechte durch ihre verfassungsmäßigen Vertreter ausüben.[25])

In Württemberg werden die Amtskorporationen von der Amtsversammlung,[26]) die Gemeinden durch den Gemeinderath gesetzlich vertreten.[27]) Bei Rechtsstreitigkeiten einer Gemeinde, bei der die Mitglieder des Gemeinderaths oder die Mehrzahl derselben betheiligt sind, stellt die vorgesetzte Administrativbehörde einen Vertreter auf.[28]) Größere Theilgemeinden werden durch den Theilgemeinderath vertreten und kleinere durch die Gesammtheit der stimmberechtigten Einwohner.[29]) Die Gemeindestiftungen, zu denen auch Kirchengüter zählen und solche Berechtigungen, welche

---

[22]) Gem.-Ordn. f. Bayern diess. d. Rheins Art. 206 Nr. 5; für die Pfalz Art. 130.

[23]) Der selbst aber keine juristische Person ist und weder klagen noch verklagt werden kann.

[24]) Sächs. Städteordn. §§ 28, 31, 179, 180, 185 u. Ges. v. 2. Febr. 1832, die Einf. u. Publ. der Städteordn. betr., a. A. Landgem.-Ordn. vom 7. Nov. 1838 §§ 51, 52. Die bezüglich der s. g. Altgemeinden bestehenden prozessualen Vorschriften — Schmidt, Vorl. Bd. I S. 75, Osterloh, der ord. bürg. Proz. § 179 — sind durch die Civilprozeßordnung beseitigt.

[25]) Sächs. bürg. Ges. §§ 52, 53 und Siebenhaar, Comm. hiezu Bd. I S. 95.

[26]) Diese haben die von dem Oberamte zu legalisirende Vollmacht auszustellen.

[27]) Verwaltungsedikt v. 1. März 1822 §§ 4, 9, 21, 56.

[28]) Justizminist.-E. v. 30. Juli 1839. Für Prozesse aus Ansprüchen einzelner Gemeindeglieder oder einer Anzahl von solcher bestehen keine besondere Vorschriften.

[29]) Ges. v. 17. Sept. 1853 Art. 8.

nicht die Dotation einer geistlichen Stelle bilden, werden durch den Stiftungsrath vertreten.

Kirchengemeinden, Kirchenstiftungen, Pfarrpfründen;

die Kirchengemeinden werden in Bayern diesseits des Rheins durch die Kirchenverwaltungen vertreten, ebenso die Kirchenstiftungen eines jeden Orts und die Kirchenfabrik, die Pfarr- und Benefiziatpfründen durch den Besitzer;[30]) in der Pfalz ist der Vertreter der Kirchenfabrik, des protestantischen und jüdischen Kirchenvermögens der Rechner oder Einnehmer.[31])

In Sachsen vertritt die Kirchengemeinden — protestantische, katholische,[32]) wie deutschkatholische — deren Vorsteher;[33]) die protestantischen Kirchenstiftungen werden wieder durch die Kirchengemeinde vertreten.[34]) Das eigene Recht des Pfründners auf die Nutzung der Pfründe vertritt dieser.[35])

Die Kirchengemeinden in Württemberg werden durch den Stiftungsrath vertreten, katholische Kirchenpfründen durch den betreffenden Pfarrer unter Leitung des Dekans und Kämmerers, in Prozessen des Pfarrers mit dem Pfarrgenossen durch den Landkapitelskämmerer. Evangelische wirkliche Kirchenpfründen — im Gegensatze zu den vom Staate dotirten — vertritt der Pfarrer, die vom Staate dotirten die Finanzverwaltung, in Konflikten zwischen solchen Kirchenpfründen mit der Finanzverwaltung vertritt diese Kirchenpfründen das Konsistorium.[36])

---

[30]) Gem.-Ordn. für die Theile Bayerns diesseits des Rheins Art. 206 a. E. Revid. G.-Ed. § 59 Abs. 3 § 95 Abs. 5.

[31]) Gem.-O. f. d. Pfalz Art. 129. Dekr. v. 30. Dez. 1809. Verordn. v. 8. Januar 1819, v. 8. Okt. 1823, Dekr. v. 6. Nov. 1813 Art. 14, 29, 51.

[32]) Wenigstens diejenigen in der Oberlausitz; für andere gelten besondere Bestimmungen.

[33]) Ges. v. 30. März 1844; Provinzialstatut v. 26. Mai 1852; Bekanntm. v. 17. Sept. 1859.

[34]) Vergl. Kirchenvorstands- u. Synodal-Ordn. v. 30. März 1868. Die Kirchen- und Schullehne ist als besondere juristische Person dieser Verwaltung nicht unterworfen.

[35]) Osterloh, der ord. bürg. Proz. in Sachsen § 165 Anm. 35.

[36]) Berner-Schäfer a. a. O. S. 227.

Nicht gemeindliche und nicht kirchliche Stiftungen.

Andere, als die bisher genannten öffentlichen Stiftungen, deren Verwaltung bestimmten Stiftungsadministratoren übertragen ist, werden, so ferne nicht durch die Stiftungsurkunde etwas Anderes bestimmt ist, in Bayern durch diese Administratoren vertreten.[37]) Ist eine Administration nicht vorhanden, müssen sie als Ortsgemeindestiftungen betrachtet werden.

In Sachsen fallen alle Stiftungen unter die §§ 52 und 53 des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs.

In Württemberg ist das Verhältniß das gleiche wie in Bayern. Besteht für solche Stiftungen keine besondere Verwaltung, werden auch sie durch den Stiftungsrath der Ortsgemeinde, zu der sie gehören, vertreten.[38])

Einzelne andere gesetzliche Vertreter.

Kirchliche Korporationen, Klöster werden durch ihre Vorstände vertreten.

Die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vertritt ein aus der Zahl der Genossenschafter erwählter Vorstand, an dessen Stelle im Falle der Liquidation bestimmte Liquidatoren treten.[39])

Anerkannte Vereine vertritt in Bayern ein ebenso gewählter Vorstand, selbst nach Auflösung des Vereins.[40])

Offene Handelsgesellschaften werden von jedem Gesellschafter, der von der Befugniß hiezu nicht ausgeschlossen ist, vertreten, in Liquidation von den Liquidatoren.[41])

Gesetzliche Vertreter der Commanditgesellschaften, auch der auf Aktien, sind deren persönlich haftende Gesellschafter,[42]) auch im Falle der Liquidation.[43])

---

[37]) Verordn. v. 6. März 1807 Art. VI.

[38]) Berner-Schäfer a. a. O. S. 223.

[39]) Reichsges. v. 4. Juli 1868 §§ 17, 40, 42, die Erwerbs- u. Wirthschaftsgenoss. betr.

[40]) Ges. v. 29. April 1869, die privatrechtl. Stellung von Vereinen betr. §§ 12, 16, 30.

[41]) A.D.H.G. Art. 86, 88, 99—102, 114—116, 117 Abs. 1.

[42]) A.D.H.G. Art. 167, 196.

[43]) A.D.H.G. Art. 172, 205.

Die Handelsaktiengesellschaften werden durch ihren Vorstand gerichtlich wie außergerichtlich vertreten, in Liquidation durch die Gesellschaftsliquidatoren.[44])

Dasselbe gilt in Bayern für Aktiengesellschaften, welche nicht Handelsgeschäfte bezwecken;[45]) ebenso in Sachsen.[46])

In wie weit die Gantmasse durch die Konkursverwalter vertreten wird, bestimmt die Konkursordnung.[47])

Die hereditas jacens wird durch einen von Amtswegen aufgestellten Kurator vertreten.[48])

Der gesetzliche Vertreter der unter väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen sind deren Vater, bezw. Eltern und Großeltern;[49]) elternlose Minderjährige werden durch den Vormund (Kurator) vertreten.[50]) Dieser Grundsatz ist in Sachsen konsequent durchgeführt, so daß selbst minderjährige Ehefrauen von dem Vormunde zu vertreten sind.[51])

---

[44]) A.D.H.G. Art. 227, 229, 244.

[45]) Ges. v. 29. April 1869 betr. die Aktien-Gesellsch., bei welchen der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht, Art. 1.

[46]) Ges. v. 15. Juni 1868 über juristische Personen. Schmidt, Vorl. Bd. I S. 80—81.

[47]) Konkurs-Ordn. §§ 8, 9, 15, 17, 74.

[48]) Thibaut, Pandekt. Bd. II § 866. Windscheid, Pand. III § 531. Code civil Art. 811—814 über die erblose Verlassenschaft; (indessen ist hier nicht die Rede von der hereditas jacens des röm. Rechts, vergl. Code civil Art. 724, 1006). Bayer. L.R. Thl. I c. VII § 39. Sächs. bürg. Ges. §§ 2247, 2248 und Motive hiezu. Dem preuß. L.R. ist, wie dem Code civil, der Begriff der hereditas jacens des röm. Rechts fremd. Förster, preuß. Pr.R. Bd. I S. 10 Anm. 22 S. 262 ff.

[49]) Code civil Art. 141, 389. Preuß. L.R. Thl. II Tit. 18, § 733, 734. Bayer. L.R. Thl. I c. VII § 2 Nr. 2, c. V § 2 a. E. Sächs. bürg. Ges. § 1821, vergl. auch Osterloh, der ord. bürg. Proz. Thl. I S. 298 Anm. 18.

[50]) Preuß. L.R. Thl. II Tit. 2 § 614, 615. Code civil Art. 450. Bayer. L.R. Thl. I c. VII § 2, § 17. Württ. L.R. Thl. I Tit. XVIII §§ 3, 4. Württ. revid. Pfleg-Ordn. v. 26. Juni 1843 Kap. 1 § 1. Die Ausnahme in Art. 3 Ziff. 1 des Ges. vom 30. Juni 1865 für minderjährige Gewerbtreibende ist mit der Gewerbeordnung aufgehoben.

[51]) Vormundsch.-O. c. XXIII §§ 9, 10. Sächs. bürg. G. §§ 1875, 1876. Der Ehemann hat übrigens ein mandatum praesumtum.

Nach französischem Rechte wird die minderjährige Ehefrau kraft des Gesetzes durch die Heirath emanzipirt,[52]) unterliegt aber, wie jeder andere emanzipirte Minderjährige, den gesetzlichen Wirkungen der Emanzipation, d. h. sie bleibt beschränkt dispositions- und handlungsfähig und wird, wo sie solches ist, durch den Kurator — nicht durch den Ehemann — gesetzlich vertreten.[53]) Dagegen hört nach bayerischem und württemberger Rechte die Kuratel der minderjährigen Ehefrau mit geschehener Verehelichung auf,[54]) so daß die minderjährige Ehefrau durch ihren Ehemann gesetzlich vertreten wird. Auf Grund des § 51 sind also hier auch die minderjährigen Ehefrauen prozeßfähig.

Bei Berathung des § in zweiter Lesung regte der Reichstagsabgeordnete Gaupp die Frage nn, ob nicht in den Ländern, in denen der Vormund ohne Kuratelgenehmigung für sein Mündel nicht handeln dürfe, der Obervormundschaftsbehörde die Klage zuzustellen sei, weil außerdem bei dem Ausbleiben des Vormunds der Kläger kein Kontumazialerkenntniß erwirken könnte. Der Vertreter des Bundesraths erwiderte, wo eine Landesgesetzgebung so weit gehe, die Rechtswirksamkeit einer Zustellung an den Vormund an die Ertheilung spezieller Ermächtigung seitens der Vormundschaftsbehörde zu knüpfen, da werde die betreffende Gesetzgebung auch Mittel und Wege schaffen, um die Ermächtigung des Vormunds herbeiführen zu können.[55])

Die Antwort ist eine unpassende, die Frage eine müssige. Nicht die Landesgesetzgebung entscheidet über die Rechtswirksamkeit einer Zustellung, sondern § 157 ff. der C.P.O. Ist der Vormund nach der Landesgesetzgebung gesetzlicher Vertreter, so berührt die Gegenpartei das zwischen dem Vormund und seinem Mündel oder der Vormundschaftsbehörde bestehende anderweitige Verhältniß nicht im Entferntesten. Dem Kläger liegt nicht die Sorge für Ermittelung eines gesetzlichen Vertreters der Gegenpartei

---

[52]) Code civil § 476.

[53]) Code civil §§ 477 ff.

[54]) Bayer. L.R. Thl. I c. VI, § 12 Nr. 4. Württemb. L.R. Thl. I Tit. XVIII §§ 3, 4. Art. 1 des Pfl.G. v. 21. Mai 1828.

[55]) Prot. d. J.K. S. 511.

ob,[56]) der Prozeß geht seinen regelmäßigen Gang. Ob der Vormund wegen eigenen Verschuldens haftbar bleibt, ist eine nicht hieher gehörige Frage.

„besondere Ermächtigung zur Prozeßführung". Die Motive bemerken hiezu: Aus dem bürgerlichen Rechte ist nach § 50 endlich zu entscheiden, ob zu einem Prozesse einer nicht prozeßfähigen Partei — z. B. nach preuß. Rechte A.L.R. II, 11, §§ 652 ff. die Kirchengemeinde — oder der gesetzliche Vertreter einer Partei einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung bedarf. Ist die nothwendige Ermächtigung zur Prozeßführung ertheilt, oder ist die Prozeßführung auch ohne eine solche Ermächtigung im Allgemeinen statthaft, so sind nach dem richtigen Prinzipe des § 52 einzelne Prozeßhandlungen, zu welchen nach den bürgerlichen Rechten eine besondere Ermächtigung erforderlich ist, gleichwohl ohne dieselbe gültig.[57]) Deutlich geht hieraus hervor, daß der § nicht von einer Prozeßvollmacht (§ 74 ff.) zur Vornahme einer besonderen Prozeßhandlung, z. B. Einlegung eines Rechtsmittels, spricht, sondern von den nach Landesgesetzen für bestimmte Personen oder deren gesetzliche Vertreter nothwendigen Ermächtigung, als Kläger oder Beklagter auftreten zu dürfen.

Die Gemeinden bedürfen in Bayern keines Kuratelkonsenses zur Prozeßführung, ebenso wenig die unter Verwaltung der Gemeindebehörden stehenden Stiftungen,[58]) ebenso bedürfen in Sachsen die Stadt- und Landgemeinden nicht der Zustimmung der vorgesetzten Behörde zur Prozeßführung.[59]) Auch in Württemberg

---

[56]) Prot. z. nordd. E. S. 136.

[57]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 50—55.

[58]) Gem.-Ordn. f. Bayern diess. d. Rheins Art. 206 Nr. 5, für die Pfalz Art. 130.

[59]) Osterloh, der ord. bürg. Proz. § 165 Anm. 23 a. E. Die Lehre von der Nothwendigkeit einer Ertheilung des Kuratelkonsenses zur Prozeßführung ist in Sachsen eine der verwirrtesten. Es besteht eine Menge der sich geradezu widersprechenden Vorschriften und dieß mag auch der Grund sein, warum Osterloh in seinem sonst so gründlichen Civilprozesse nähere Bestimmungen anzugeben unterlassen hat. Fast für jeden Fall bedarf es einer besondern Recherche, ob ein Kuratelkonsens für Prozesse von Stiftungen u. dergl. erfordert wird oder nicht.

bedürfen die Gemeinden und Gemeindestiftungen keines Kuratelkonsenses zur Prozeßführung;[60]) dagegen bedürfen die Württemberger Amtskorporationen der Genehmigung durch das Oberamt.[61])

Keines Kuratelkonsenses bedürfen in Bayern die Universitäten, Domkapitel, geistliche Genossenschaften, Klöster, die Pfarrer, wenn sie als Nutznießer der Pfründen für sich — nicht für die Pfarrstelle — Prozesse führen, wohl aber bedürfen die Ordensgeistlichen der Zustimmung ihrer Oberen.[62]) Auch wird in Bayern eine Ermächtigung der vorgesetzten Administrativbehörde gefordert zur Prozeßführung der durch die Kirchenverwaltungen vertretenen Kirchenstiftungen, allen andern nicht von Gemeinden verwalteten öffentlichen Stiftungen, besonders Spitälern, der Nutznießer der Pfründen für diese,[63]) ferner zu Prozessen der katholischen Kirchenfabriken, der protestantischen Presbyterien und der Pfründen in der Pfalz.[64])

In Württemberg wird ein Kuratelkonsens für Streitigkeiten der evangelischen Kirchenstellen, die nicht eigentlich Pfründen sind, durch das Konsistorium ertheilt, dagegen bedarf der Pfarrer in Streitigkeiten über Nutzungen der Pfarrdotation, bei welchen letztere selbst nicht in Frage kommt, keiner Ermächtigung zur Prozeßführung. Bei Prozessen der Schulstellen, welche als juristische Person in Betracht kommen, ertheilt die vorgesetzte Stelle die Ermächtigang.

Die Landesuniversität in Tübingen, die durch den Rektor und akademischen Senat gesetzlich vertreten wird,[65]) bedarf zur

---

[60]) Berner-Schäfer, die Verf. in bürg. Streits. S. 221, 223.

[61]) Berner-Schäfer a. a. O. S. 223.

[62]) Weil sie nec nolle nec velle haben, sagt Kreittmayr in den Anmerk. z. G.O. v. 1753 c. III § 6, a, 2.

[63]) Gem.-Ordn. in Bayern diess. d. Rheins Art. 206 Abs. 2 Nr. 3. für die Pfalz Art. 129, 130. Rev. Gem.-Ed. § 59 Abs. 3—5, § 94 Abs. 4—8; Verordn. v. 6. Dez. 1808 Art. 15; v. 17. Dez. 1825 § 69; v. 6. März 1817 Art. 9, arrête v. 7. Mess. IX Art. 13 und v. 19. Vend. XII.

[64]) Dekr. v. 30. Dez. 1809 Art. 77, v. 6. Nov. 1813 Art. 14, 29, 51, Verordn. v. 18. Jan. 1819.

[65]) Mohl, württemb. Staatsr. § 216.

Prozeßführung keines Kuratelkonsenses, der kontrolirende Staatsbeamte (Kanzler) ist Mitglied des akademischen Senats.

Die Ermächtigung der Vormundschaftsbehörde zur Prozeßführung wird in Bayern[66]) und in Württemberg[67]) immer gefordert, in Sachsen, wenn der Streitgegenstand unschätzbar ist, oder einen Werth von über 300 Mark hat.[68])

In Prozessen der Konkursmasse bedarf der Konkursverwalter der Autorisation des Gläubigerausschusses, falls ein solcher bestellt ist, wenn es sich um einen Werthgegenstand von mehr als 300 Mark handelt.[69])

„nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts". Das ist aber nicht das am Orte des Prozeßgerichts geltende, sondern das Recht am Heimathorte der Partei,[70]) insoweit nicht § 51 ff. anders bestimmen.

„Insoweit nicht die nachstehenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten", d. h. diese entscheiden primär, ob und wie weit eine Partei prozeßfähig ist, wer als gesetzlicher Vertreter für eine nicht prozeßfähigen Partei auftreten kann, in wie fern eine Ermächtigung zur Prozeßführung nothwendig ist, erst eventuell tritt das bürgerliche Recht ein. Indessen kennt die Civilprozeßordnung nur die gesetzliche Vertretung als eine solche, die vollständig an die Stelle der Partei tritt.

Der Verlust der Prozeßfähigkeit einer Partei, der Tod oder das Aufhören der Vertretungsbefugniß eines gesetzlichen Vertreters unterbrechen das Verfahren (§ 219).

---

[66]) Doch ist hier die Ermächtigung kein allgemeines Erforderniß. Bezüglich des in der Pfalz geltenden Rechts vergl. Code civil §§ 464, 465. Hiernach bedarf der Vormund zu Klagen über Immobiliarrechte der Minderjährigen und für Theilungsklagen der Autorisation des Familienraths. Ob auch für Statusklagen, ist bestritten.

[67]) Verfüg. d. Justizm. v. 26. Juni 1843, revid. Vorsch. f. Pfleger betr. § 31. Derselbe lautet: Der Vormund „soll" die Ermächtigung einholen, nicht er „muß". Hieraus folgt, daß, wie in Bayern, die Ermächtigung kein allgemeines Erforderniß ist. Siehe Anm. 66.

[68]) Vorm.-Ordn. c. XIV § 3 u. sächs. bürg. G. § 1916.

[69]) Konkursordn. § 121 Nr. 2.

[70]) Seuffert, Arch. Bd. XXIX Nr. 210.

§ 51.

Eine Person ist in so weit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann.

Die Prozeßfähigkeit einer prozeßfähigen Person wird dadurch, daß sie unter väterlicher Gewalt steht, die Prozeßfähigkeit einer Frau dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt.

Die Vorschriften über die Geschlechtsvormundschaft finden auf die Prozeßführung keine Anwendung.

„Eine Person". Das ist die physische Person, die sich selbständig ohne Vertreter durch Verträge verpflichten kann, im Gegensatze zur juristischen. Das lassen die Motive, welche die juristischen Personen als nicht prozeßfähig erklären, außer allem Zweifel. Die juristische Person „als solche" ist nicht handlungsfähig[1]), sie muß eben zum Handeln einen Vertreter haben.[2])

In § 50 ist anerkannt, daß rücksichtlich der Prozeßfähigkeit das bürgerliche Recht maßgebend sei; allein an diesem Grundsatze konnte nur insoweit festgehalten werden, als nicht wichtige Interessen des Rechtsverkehrs zur Herbeiführung der Rechtseinheit in Deutschland Ausnahmsbestimmungen erfordern. Eine solche Ausnahme begründet der § 51 in dreifacher Richtung[3]); dahin gehört zuerst:

„insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann". Das Gesetz schließt sich hier an das gemeine Recht und Art. 1 der deutschen Wechselordnung an, in der Konsequenz, daß wer sich civilrechtlich verpflichten kann, auf der einen Seite berechtigt sein muß, seine Ansprüche aus der civilen Obligation

---

[1]) Schmidt Bd. I S. 68, III bemerkt: Die Annahme einer juristischen d. h. also insoweit gedachten Person enthält in sich die Negation einer derselben zukommenden natürlichen Willens- und Handelsfähigkeit.

[2]) Um Zweifel zu beseitigen, war bei Berathung des nordd. Entwurfs beantragt worden, dem mit § 50 korrespondirenden § 81 des nordd. Entwurfs die Fassung zu geben „Prozeßfähig ist jede physische Person, welche sich durch Verträge selbstständig verpflichten kann", der Antrag wurde aber ohne Angabe von Gründen (wohl als selbstverständlich) abgelehnt. Prot. z. nordd. E. S. 1269.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 50—55.

selbständig geltend zu machen, anderseits aber auch verpflichtet ist, Ansprüche, die gegen ihn aus einer solchen Obligation abgeleitet werden wollen, selbständig zu beantworten.

Wer sich ganz allgemein durch Verträge verpflichten kann, der muß dispositions- und handlungsfähig sein[4]) und ist deshalb prozeßfähig, mag sich der Rechtsstreit auf ein Vertragsverhältniß, auf Statusrechte, auf Entschädigungsansprüche aus Delikten oder Quasidelikten oder andere Ansprüche beziehen. Das bürgerliche Recht unterscheidet aber und erklärt einzelne Personen für beschränkt handlungs- und dispositionsfähig, und da sich nach diesen Eigenschaften auch die Prozeßfähigkeit richtet, können konsequenter Weise solche Personen nicht allgemein prozeßfähig sein. Eine Person, die sich nur ausnahmsweise verpflichten kann, sei es durch Verträge gewisser Art oder unter gewissen Voraussetzungen, ist auch nur für diejenigen Rechtsstreitigkeiten prozeßfähig, welche aus solchen Verträgen entstanden sind[5]) oder aus Rechtsverhältnissen, bei denen ausnahmsweise die sonst vorhandene Dispositionsbeschränkung wegfällt.[6])

Dies ist durch die Worte „so weit — als sie sich verpflichten kann" ausgedrückt. Dabei ist es gleichgültig, ob die beschränkt verpflichtungsfähige Person allein oder unter der an sich nicht erforderlichen Mitwirkung einer andern Person den Vertrag abgeschlossen hat.[7]) Hier einzelne Beispiele:

Nach sächsischem Rechte können minderjährige Dienstboten, die zum ersten Dienstvertrage des Beitritts ihres Vaters oder Vormunds bedürfen, aber nicht bei weiteren, schon bei einem Rechtsstreite aus dem ersten Dienstvertrage selbständig als Kläger

---

[4]) Prot. z. nordd. E. S. 119.

[5]) Dieß wurde im nordd. E. § 82 besonders ausgesprochen. Eine entgegenstehende landesgesetzliche Anordnung, wie sie Art. 499 des Code civil zuläßt, ist aufgehoben.

[6]) In welcher sie sich also durch Vertrag verpflichten kann.

[7]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 50—55. D. h. z. B. der Haussohn ist prozeßfähig hinsichtlich der Ansprüche aus allen Verträgen, welche er allein abschließen darf, auch wenn hiebei der Vater mitgewirkt hat.

oder Verklagte auftreten[8]), sie sind aber nicht prozeßfähig, sondern nur parteifähig, bedürfen also eines Vertreters, wenn sie ex lege Aquilia klagen wollen oder verklagt werden. Ebenso sind in Württemberg Minderjährige, die nicht im Unterhalt ihrer Eltern oder Pfleger stehen, bei Streitigkeiten aus Dienstverträgen und der hieraus entspringenden persönlichen Leistung prozeßfähig.[9]) Ganz dasselbe Verhältniß besteht bei Minderjährigen, die einen Heuervertrag abschließen.[10]) Ebenso können minderjährige Verlobte in Sachsen die aus dem Verlöbniß entspringenden Rechte selbstständig verfolgen.[11])

Der emanzipirte minderjährige Kaufmann ist nach französischem Rechte[12]) rücksichtlich der auf die Handlung sich beziehenden Geschäfte prozeßfähig, ebenso nach preußischem Landrechte jeder minderjährige Kaufmann oder Geschäftsmann für seine Geschäftsverhältnisse.[13]) Bezüglich des Kaufmanns ist übrigens in ganz Bayern Art. 7 des bayer. Einf.-G. zum A.D.H.G. maßgebend, wornach minderjährige Handelsleute rücksichtlich aller auf den Betrieb des Handelsgewerbes bezüglichen Geschäfte und Rechtshandlungen für großjährig erachtet werden, wenn sie nach dem

---

[8]) Sächs. Gesindeordn. vom 10. Jan. 1835 §§ 9, 10. Hierin liegt eine Erweiterung des in § 51 aufgestellten Prinzips.

[9]) Württemb. Ges. vom 30. Juni 1865 Art. 3 Ziff. 2. Mandry im württemb. Arch. Bd. XII S. 28.

[10]) Reichsges. vom 27. Dez. 1872 die Seemannsordn. betr. §§ 5, 6.

[11]) Sächs. bürg. Ges. §§ 1568—1570. Dahin gehört die Klage auf Schadensersatz, wenn der eine Theil von dem andern durch Betrug oder Irrthum zur Eingehung des Verlöbnisses verleitet wurde. Siebenhaar, Comm. zum sächs. bürg. Gesetz zu § 1568. Vergl. § 1 Anm. 67. Ueber das bayer. Recht vergl. Mandat v. 1769 Ziff. 4. Verordn. v. 2. Mai 1806.

[12]) Code civil Art. 487 u. Art. 4 Abs. 2 des bayer. E.G. z. A.D.H.G.

[13]) Preuß. L.R. Thl. I Tit. 5 §§ 20, 21. Bestritten ist unter den Commentatoren das preuß. L.R., ob der unter Vormundschaft stehende minderjährige Kaufmann oder Geschäftsmann hier zwanzig Jahre alt sein muß. Ein Beispiel der Prozeßfähigkeit eines Minderjährigen nach preuß. L.R. bietet Thl. II Tit. 12 § 100 für Studirende, ein Beispiel für beschränkte Prozeßfähigkeit Thl. II Tit. 18 §§ 729, 734.

bürgerlichen Rechte zum Betriebe des Handelsgewerbes befugt sind.[14])

Minderjährige, welche mit Genehmigung des Vormunds und der Kuratelbehörde ein Handelsgewerbe selbständig betreiben, sind nach bayerischem Landrechte als zu diesem Geschäftsbetriebe befugt zu erachten.[15])

Es ist darauf hinzuweisen, daß Art. 6 des Code de comm. für die bayerische Pfalz nicht aufgehoben ist; allein da freiwillige Verkäufe von Immobilien keine Handelsgeschäfte sind, kommt Art. 7 Abs. 2 des angeführten Einführungsgesetzes auf dasselbe Resultat hinaus, wie die Art. 2 und 6 des Code de comm.[16]) Dagegen kann Art. 2 und 6 des Code de comm. nicht berücksichtigt werden und ist der Verkauf von Immobilien gültig und der minderjährige Kaufmann in der bayerischen Pfalz hiebei prozeßfähig, wenn dieses Immobile nur als Nebensache zu einem Handelsgeschäfte betrachtet werden muß.[17]) Art. 7 Abs. 2 des bayerischen Einführungsgesetzes gilt auch für minderjährige unverheirathete Handelsfrauen.

Das sächsische E.G. vom 30. Okt. 1861 zum A.D.H.G. enthält keine Bestimmung über die Handlungsfähigkeit und Prozeßfähigkeit minderjähriger Kaufleute. Es müssen daher die allgemeinen Bestimmungen über die Bevormundung der Minderjährigen[18]) Platz greifen. Hienach kann es einen prozeßfähigen minderjährigen Kaufmann in Sachsen nicht geben.

Allerdings ist durch die deutsche Gewerbeordnung, die auch das kaufmännische Gewerbe begreift[19]), allen minderjährigen Per-

---

[14]) Vergl. Art. 5 Nr. 1 mit Art. 7 dieses Gesetzes und hiezu die folgenden Bemerkungen über die Einwirkung der Gewerbeordnung auf den Betrieb der Gewerbe.

[15]) Urth. des H.A.G. zu Nürnberg in der Zeitschr. f. G. u. Rechtspfl. Bd. XII S. 20.

[16]) Lutz, Erläut. d. bayer. E.G. z. A.D.H.G. in Gesetzgeb. d. Königr. Bayern Bd. IV S. 45 ff.

[17]) Vergl. § 25 Anm. 18.

[18]) Sächs. bürg. G. § 1875 ff.

[19]) So zählt § 44 die Kaufleute namentlich unter den Gewerbetreibenden auf.

sonen gestattet, ein Gewerbe, also auch das kaufmännische, auszuüben, allein dadurch ist nicht ausgesprochen, daß diese Personen in Angelegenheiten ihres Gewerbes Rechtsgeschäfte abschließen und vor Gericht auftreten können, hier bleibt das bürgerliche Recht maßgebend.[20])

Art. 7 des württemberger E.G. zum A.D.H.G. bestimmt in Abs. 2, daß wenn von Minderjährigen selbst oder wenn für ihre Rechnung ein solches Gewerbe betrieben wird, die Rechtswohlthaten dieser Personen keine Anwendung finden. — Eine allgemeine Erweiterung ihrer Handlungs- und Prozeßfähigkeit enthält dieser Artikel nicht. Es hängt dies mit Art. 2 Abs. 1 der württembergischen Gewerbeordnung vom 12. Februar 1862 zusammen[21]), wornach zur Ausübung eines Gewerbes, auch des Handelsgewerbes, Volljährigkeit resp. Dispensation von der Minderjährigkeit erforderlich ist.[22]) Diese Bestimmung ist durch die Einführung der Gewerbeordnung für Deutschland aufgehoben.[23])

---

[20]) Die Bestimmung des Entwurfs der Gewerbeordnung: „Ein Gewerbe darf für eigene Rechnung und unter eigener Verantwortlichkeit nur derjenige betreiben, welcher dispositionsfähig ist", wurde abgelehnt. Kah, die Gewerbeordn. § 23. Wirschinger, die deutsche Gewerbeordn. S. 10. Es sind deshalb auch Gesellen, Gewerbegehülfen und Fabrikarbeiter in den in den §§ 101—114 der Gewerbeordn. angeführten Rechtsverhältnissen, wenn sie minderjährig sind, nicht prozeßfähig, so weit sich solche Fähigkeit nicht aus dem bürgerlichen Rechte ableiten läßt, wie preuß. L.R. Thl. I Tit. 5 §§ 20, 21.

[21]) Abs. 2 dieses Artikels gestattet nur den Hausirhandel durch Minderjährige im Wege der Verordnung.

[22]) Fecht, das allgem. deutsche H.G.B. S. 152.

[23]) Eine Minist.-Verf. sagt noch besonders: Die gewerbepolizeiliche Bestimmung des Art. 2 des Ges. v. 12. Febr. 1862, wonach die Ausübung eines Gewerbes durch die Volljährigkeit oder erlangte Dispensation von der Minderjährigkeit bedingt war, ist weggefallen. Ob der verheirathete Minderjährige nach württemberger Recht in allen Rechtsgeschäften prozeßfähig ist, wird bestritten. Es wird per arg. a. contr. aus Art. 1 des Pf.E.G. vom 28. Mai 1828, wonach „jede minderjährige in die Ehe tretende Frauensperson von dem Tage ihrer Trauung an für volljährig zu erachten ist", dann aus dem Umstande, daß nach Abs. 4 l. c. alle entgegenstehenden Bestimmungen aufgehoben sind, gefolgert, daß minderjährige Mannspersonen durch die Verehelichung nicht als volljährig betrachtet werden dürfen. Vergl. dagegen Berner-Schäfer, Verf. in bürg. Rechtsstr. S. 97 Anm. 4.

Nun bestimmt Art. 3 Ziff. 1 des Gesetzes vom 30. Juni 1865: „Minderjährige, welche nach Art. 2 Abs. 2[24]) der G.O. vom 12. Februar 1862 ein Gewerbe selbständig betreiben, nachdem sie die diesfalls bestehenden Vorschriften erfüllt, insbesondere die Zustimmung ihres Vaters oder Vormunds erlangt haben, werden durch Verträge, welche diesen Geschäftszweig betreffen, verpflichtet." Da eine Ausdehnung dieser Ziff. auf alle Minderjährigen, welche selbständig ein Gewerbe betreiben, unzulässig ist, so ist diese Ziffer ebenfalls als aufgehoben zu betrachten.[25]) Die Handlungs- und Prozeßfähigkeit des minderjährigen Gewerbetreibenden richtet sich also nach den Bestimmungen für Minderjährige.

Die Gewerbefrau, gleichviel ob sie verheirathet ist oder nicht, ist für alle Angelegenheiten ihres Gewerbes prozeßfähig;[26]) ist sie minderjährig, so entscheidet wieder das Landesrecht.[27]) Der wegen Verschwendung Entmündigte ist nicht unbedingt nicht prozeßfähig;[28]) soweit er sich durch Verträge verpflichten kann,[29]) ist er auch prozeßfähig.

Auch der Gemeinschuldner bleibt nach Eröffnung des Konkurses prozeßfähig, außer für Prozesse, die auf die Konkursmasse sich beziehen, während der Dauer des Konkurses.[30]) Wie ge-

---

[24]) Vergl. vorstehende Anm. 23.

[25]) Mandry im Archiv f. civ. Prax. Bd. IX (n. F.), die Einwirk. der Reichsges. auf d. best. L.R. betr. S. 323 Anm. 4.

[26]) Gewerbeordn. § 11.

[27]) Art. 7 des bayer. E.G. z. A.D.H.G. bezieht sich nur auf das Handelsgewerbe, und ist auf andere Gewerbe nicht auszudehnen.

[28]) Art. 513 des Code civil ist, soweit er das Verbot für denselben enthält, überhaupt vor Gericht auftreten zu dürfen, durch Abs. 1 des § derogirt.

[29]) Nach preuß. L.R. kann er dies überhaupt nicht; Förster, preuß. Pr.R. Bd. I S. 133. Auch nicht nach bayer. Rechte, bayer. L.R. Thl. I c. VIII § 37 und nach sächs. bürg. G. §§ 1987—1989. Nach röm. R. ist die Kuratel über einen Verschwender nur Vermögenskuratel. L. 1 pr. D. (XXVII, 10). Hier ist er für alle nicht vermögensrechtlichen Ansprüche prozeßfähig, so z. B. wenn es sich um Anerkennung der Vaterschaft handelt. Auch nach französischem Rechte ist der Verschwender nicht absolut prozeßunfähig. Code civil Art. 513.

[30]) §§ 218, 220. Konkursordn. §§ 5, 6, 8, 9, 132 Abs. 2, 134 Abs. 3, 192. — Mit Unrecht zählt Siebenhaar, Comm. z. P.O. S. 89 auch die

staltet sich aber das Verhältniß, wenn bei einem Rechtsstreite, bezüglich dessen eine Partei prozeßfähig ist, andere Rechtsverhältnisse (durch Erweiterung der Klage, Präjudicialincidentklage, durch Widerklage), bezüglich welcher dieser Partei die Prozeßfähigkeit mangelt, zur Entscheidung kommen sollen? Auch für diese Fälle müssen die allgemeinen Grundsätze beibehalten werden; ist eine der Parteien nicht prozeßfähig, so hat sie der gesetzliche Vertreter im Allgemeinen zu vertreten, ohne Ausscheidung, ob für einen Theil der in Frage stehenden Ansprüche die Partei sich selbst vertreten kann. Eine theilweise Vertretung im Prozesse kann es nicht geben.

In zweiter Reihe fällt unter die erwähnten Ausnahmsbestimmungen des §, daß die Prozeßfähigkeit einer großjährigen Person dadurch, daß sie unter väterlicher Gewalt steht, die Prozeßfähigkeit einer Frau dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt werden soll. Die großjährigen Hauskinder, gleichviel ob männlichen oder weiblichen Geschlechts, haben schon nach gemeinem Rechte,[31]) nach französischem Rechte,[32]) und nach sächsischem Rechte[33]) volle Prozeßfähigkeit, während nach bayerischem Landrechte[34]) und preußischem Landrechte[35]) ihnen eine solche nur in beschränktem Maße zuerkannt wird.

In Württemberg ist das gemeine Recht maßgebend.[36])

Verhältnisse des § 21 zu denjenigen, in welchen sich die in § 21 bezeichneten Personen auch immer selbst vertreten könnten. § 21 regelt nur den Gerichtsstand, aber nicht die Prozeßfähigkeit. Vergl. hiezu § 55 Abs. 2.

[31]) fr. 39 D. de obl. et act. (XLIV, 7). Bes. Begr. d. E. zu §§ 50-55.

[32]) Code civil Art. 372.

[33]) Sächs. bürg. G. § 1821: „Volljährige Kinder handeln selbst für sich, vorbehaltlich des dem Vater zustehenden Rechtes der Verwaltung und des Nießbrauchs." — Schmidt, Vorl. Bd. II S. 94. Für das frühere Recht Kori u. Langenn, Erört. Bd. I Nr. XIV.

[34]) Bayer. L.R. Thl. I c. V, VII. E. d. O.G.H. Bd. VI S. 320. Roth, bayer. Civ.-R. Bd. I S. 448 No. 14. Diese Ansicht läßt sich bestreiten. Das bayer. L.R. enthält auch nichts anderes als § 1821 des sächs. bürg. G. (vergl. die vorhergehende Anm. 33) und die Bemerkungen in den Anm. z. G.O. v. 1753 c. III § 6 Nr. 2 beziehen sich auf das ältere Landrecht.

[35]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 50—55 unter 2.

[36]) Lang, württemb. Pers. Fam. u. Vorm. R. § 63 zu Nr. 3 sagt, es gelte das gemeine Recht, wornach das großjährige Hauskind, so weit es über

Die Ehefrau ist nach gemeinem Rechte prozeßfähig, nach preußischem Rechte ist die Praxis schwankend,[37] nach französischem[38] und nach sächsischem Rechte[39] kann sie ohne Genehmigung ihres Ehemannes nicht vor Gericht auftreten, nach bayerischem L.R. und württemberger L.R.[40] nur bedingt, weil eben ihre Handlungsfähigkeit nur eine beschränkte ist.

Auch in Streitigkeiten der Ehefrau mit dem Ehemanne kann sich dieselbe selbst vertreten oder vertreten lassen.

Der § 51 Abs. 2 — sagen die Motive — wird hinsichtlich des großjährigen Hauskindes und der Ehefrau von dem Gedanken beherrscht, daß beiderlei Personen an sich handlungsfähig sind und nur in ihrer Verfügungsbefugniß durch die Rechte des Inhabers der väterlichen Gewalt, bezw. des Ehemannes beschränkt werden. Diese Beschränkungen der Verfügungsbefugniß werden durch die Ertheilung der vollen Prozeßfähigkeit nicht beeinträchtigt. Denn dem Hausvater oder Ehemanne gegenüber hängt die Gültigkeit[41] und Wirksamkeit der ohne ihre Zuziehung zu dem Prozesse erstrittenen Judikate davon ab, in wie weit ihnen nach dem zur Anwendung kommenden Civilrechte in Bezug auf den Gegenstand der Entscheidung Rechte zustehen, welche die Dispositionsbefugnisse des Hauskindes, bezw. der Ehefrau beschränken oder aufheben. Ebenso wenig braucht sich der Hausvater oder Ehemann aus Judikaten, welche ohne seine Zuziehung erlassen

---

sein Vermögen verfügen könne, auch prozeßfähig sei, scheint also dessen allgemeine Prozeßfähigkeit nach gemeinem Rechte nicht anzuerkennen. Auch Berner-Schäfer a. a. O. S. 98 nimmt mit Rücksicht auf württemb. L.R. Thl. II Tit. XXXIV § 1 nur eine beschränkte Prozeßfähigkeit des Hauskindes an.

[37]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 50—55.

[38]) Code civil § 215. Vergl. S. 154 Anm. 11 und die folgenden Bemerkungen aus den Motiven.

[39]) Sächs. bürg. G. § 1638, 1641. Schmidt, Vorl. Bd. II S. 36.

[40]) Württemb. L.R. Thl. I Tit. XVIII § 2. Berner-Schäfer a. a. O. S. 97.

[41]) Dieser Ausdruck in den Motiven ist nicht zutreffend. Ist der Haussohn oder die Ehefrau prozeßfähig, so ist das Urtheil giltig, und es kann sich dann nur um die Frage handeln, ob es gegen den Vater oder Ehemann auch eine Wirkung äußert.

sind, eine Zwangsvollstreckung in dasjenige Vermögen des Hauskindes oder der Ehefrau gefallen zu lassen, welches in Folge der ihm zustehenden Rechte der Disposition der Schuldner entzogen ist. Nichtsdestoweniger werden die Entscheidungen gegen das im Prozesse stehende Hauskind bezw. die Ehefrau rechtskräftig. Durch diese Vorschriften werden die Beschränkungen des Verfügungsrechts in das Gebiet der Sachlegitimation verwiesen, und es ist dies durchaus angemessen, weil die beschränkenden Rechte dem materiellen Rechte angehören.[41])

„Dadurch, daß sie Ehefrau ist" d. h. sie kann, trotzdem sie Ehefrau ist, aus andern Gründen nicht prozeßfähig sein, wie die minderjährige Ehefrau nach sächsischem Rechte.

Die dritte der erwähnten Ausnahmen des § 51 beseitigt jede Anwendung der Vorschriften über die Geschlechtsvormundschaft für die Prozeßführung. Diese Bestimmung ist ohne besonderes praktisches Interesse für Bayern, Sachsen und Württemberg, da hier wie fast überall in Deutschland, die Geschlechtsvormundschaft aufgehoben ist.

§ 52.

Einzelne Prozeßhandlungen, zu welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine besondere Ermächtigung erforderlich ist, sind ohne dieselbe gültig, wenn die Ermächtigung zur Prozeßführung im Allgemeinen ertheilt oder die Prozeßführung auch ohne eine solche im Allgemeinen statthaft ist.

Der §, dem § 85 des norddeutschen Entwurfs entsprechend, ist eine Anwendung des in dem deutschen Handelsgesetzbuche und der Civilprozeßordnung § 79 hinsichtlich der Vollmacht anerkannten Prinzips, daß nach Außen hin dritten Personen gegenüber im Interesse der Sicherheit des Verkehrs Beschränkungen der Legitimation, der Vertretungsbefugniß unzulässig sind, mögen diese Beschränkungen auf Willkür einer Partei oder auf einer gesetzlichen

[42]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 50—55 Nr. 2 letzter Absatz. Vergl. auch Prot. z. nordd. E. S. 129.

Bestimmung beruhen, welche nicht dem Reichsrechte angehört.[1])

„Einzelne Prozeßhandlungen“. Den Gegensatz hiezu bildet nicht die Prozeßführung im Ganzen, so daß unter Prozeßhandlung nur diejenige Handlung zu verstehen ist, die einen Theil der Prozeßführung selbst bildet, sondern die Gesammtheit der Prozeßhandlungen, die in der Civilprozeßordnung als solche aufgeführt sind. Ein Vergleich, eine Verzichtleistung auf den Streitgegenstand gehören daher zu Prozeßhandlungen.[2])

„nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts“. Den Landesgesetzen ist es unbenommen, besondere Bestimmungen für die Vornahme einzelner Prozeßhandlungen durch gesetzliche Vertreter zu erlassen, aber diese Bestimmungen treten außer Wirksamkeit, wenn die Voraussetzungen des § 52 gegeben sind. Der § erklärt alle Prozeßhandlungen für gültig, für die neben der Ermächtigung zur Prozeßführung nach den Landesgesetzen bisher noch eine Spezialvollmacht erforderlich war, so fern nur die Ermächtigung zur Prozeßführung vorhanden ist.

Beispielsweise wird durch den § für den Civilprozeß beseitigt die Bestimmung der preußischen Gerichtsordnung I, 10 § 292 in Betreff der Berechtigung der Vormünder zur Relation des Eides, ferner gehört hieher die besondere Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach gemeinem Rechte und bayerischem Landrechte zum Vergleiche des Vormunds im Prozesse[3]), und ebenso nach § 1917 des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs,[4]) die gleiche

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 52.

[2]) Dem steht Abs. 2 des § 77 nicht entgegen; dort wird allerdings ausgesprochen, daß die Prozeßvollmacht zur Beseitigung des Rechtsstreits bevollmächtigt, im Gegensatze zu der im Anfang des § 77 erwähnten Ermächtigung zu allen Prozeßhandlungen, aber ebenso wird im Gegensatze zu Prozeßhandlungen die Bestellung eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen, offenbar selbst eine Prozeßhandlung, angeführt. Ueberhaupt paßt die Analogie des § 77 nicht hieher.

[3]) Vgl. hiezu E. d. O.G.H. Bd. V S. 562.

[4]) § 1917 bezieht sich auf Vergleiche außer wie im Prozesse, Siebenhaar, Comm. z. sächs. bürg. G. Bd. III S. 192.

Vorschrift des Art. 467 des Code civil bei der Theilungsklage,[5]) die gleiche Vorschrift des § 31 der württembergischen revidirten Pflegschaftsordnung vom 26. Juni 1843[6]), die Bestimmung des Art. 112 No. 12 der Gemeindeordnung für die Landestheile Bayerns diesseits des Rheins, daß der Magistrat bei Abschließung von Vergleichen oder Streitabstand, wodurch eine Aenderung der Substanz des Gemeinde- oder Stiftungsvermögens herbeigeführt wird, der Zustimmung der Gemeindebevollmächtigten bedarf.

Alle diese, den Abschluß eines Vergleiches — also einer Prozeßhandlung — betreffenden Bestimmungen werden durch § 52 betroffen.

Die Frage, ob bei dem Zuwiderhandeln eines gesetzlichen Vertreters einer Partei gegen derartige landesgesetzliche Bestimmungen, die außerhalb des Civilprozesses Dritten gegenüber wirksam bleiben,[7]) oder gegen ein direktes Verbot[8]) dieser Vertreter der Partei haftbar wird, ist von der Civilprozeßordnung nicht zu entscheiden, die vorgenommenen Prozeßhandlungen sind rechtswirksam trotz eines Verbots. Der § 52 steht dem § 79 gegenüber; während ersterer bestehenden Einschränkungen jede Wirksamkeit entzieht, legt letzterer erst zu bestimmenden Einschränkungen eine Wirksamkeit bei.[9])

Die erwähnte Ausnahme der Motive „welche nicht dem Reichsrechte angehört" ist im Gesetze nicht direkt ausgesprochen, das ist aber nach § 9 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung auch nicht nothwendig.

---

[5]) Der Artikel ist durch Art. 91 des Einf.-Ges. zur bayer. Proz.-Ordn. für die bayer. Pfalz wesentlich beschränkt worden.

[6]) Allerdings soll hiernach der Vormund nur die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde einholen, § 50 Anm. 67.

[7]) Z. B. wenn der Vormund, um einen zweifelhaften Prozeß zu vermeiden, über ein strittiges Rechtsverhältniß einen Vergleich abschließt.

[8]) Z. B. Vergleichsabschluß gegen die Bestimmung des Code civil Art. 464.

[9]) Vergl. zu § 79.

§ 53.

Ein Ausländer, welchem nach dem Rechte seines Landes die Prozeßfähigkeit mangelt, gilt als prozeßfähig, wenn ihm nach dem Rechte des Prozeßgerichts die Prozeßfähigkeit zusteht.

„Ein Ausländer". Hierunter ist, wie auch in andern Reichsgesetzen,[1]) ein Nichtdeutscher zu verstehen.[2])

Wenn also ein Deutscher nach dem Rechte des Bundesstaats, dem er angehört, nicht prozeßfähig ist, findet § 53 keine Anwendung. Nicht prozeßfähigen Angehörigen anderer deutschen Bundesstaaten, als dem, welchem das Prozeßgericht angehört, gegenüber, bleibt es lediglich bei den Bestimmungen der §§ 50, 51.[3]) Das Wort „Ausländer" umschließt übrigens hier auch ausländische juristische Personen, Vereine, Genossenschaften u. s. w.

„gilt als prozeßfähig". Die Motive bemerken: Der § erweitert im Anschlusse an § 35 der Einleitung zum A.L.R. und Art. 84 der Wechselordnung die Prozeßfähigkeit des Ausländers dergestalt, daß es genügt, wenn derselbe entweder nach dem Rechte seines Landes oder nach dem Rechte am Orte des Prozeßgerichts prozeßfähig ist.[4])

Von der ersten Alternative spricht nun allerdings das Gesetz selbst nicht, sie versteht sich aber nach der Rechtsregel, daß der persönliche Zustand, Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person, nach dem örtlichen Rechte sich bemißt, welches an dem Wohnsitz der Person besteht,[5]) von selbst. Es geht deshalb auch nicht einmal an, den § 51 Abs. 1 in so weit analog in Anwendung zu bringen, daß ein Ausländer in Deutschland in so weit prozeßfähig ist, als er sich nach den Gesetzen seines Landes durch

---

[1]) Verfassung des deutschen Reichs § 3.

[2]) Prot. der J.K. S. 23 ff.

[3]) Bei Berathung des gleichen § 86 des norddeutschen Entwurfs wurde bemerkt, daß als Ausländer die Angehörigen der anderen deutschen Staaten (gegenüber dem norddeutschen Bund) nicht gelten. Prot. zum nordd. Entw. S. 124—125.

[4]) Bes. Begr. d. E. zu § 53.

[5]) Savigny, System Bd. VIII S. 142, S. 134 ff.

Verträge verpflichten kann, denn dann ist er in Deutschland prozeßfähig; wer sich nach irgend einem ausländischen Rechte als Minderjähriger gar nie durch Verträge verpflichten kann, gleichwohl aber prozeßfähig ist, der ist es auch in Deutschland. Allerdings wird hiedurch ein Ausländer gegenüber dem Deutschen, dessen Prozeßfähigkeit durch das im § 51 aufgestellte Prinzip bedingt ist, bevorzugt, aber ein deshalb vom Reichstagsabgeordneten Reichensperger gestellter Antrag auf Streichung des § wurde abgelehnt, weil die Bestimmung zur Erleichterurg der Inländer diene, wenn der Ausländer Beklagter sei, weil sonst möglich sei, daß ein Ausländer im Inlande Grundbesitz habe und doch nicht belangt werden könne, auch das Interesse des Inländers überwiege.[6])

Uebrigens ist § 51 Abs. 2 und 3 auch auf Ausländer anzuwenden, und der Ausländer gilt mit zurückgelegtem 21. Lebensjahre als großjährig, auch wenn er dies in seinem Heimathstaate nicht ist.

Es wurde in der Justizkommission auch die Frage angeregt, ob, wenn ein Ausländer, der nach inländischem Rechte prozeßfähig sei, nach dem Rechte seines Heimathstaates aber nicht, und dem deshalb im Auslande ein Vormund bestellt worden, dieser Vormund im Inlande klagen könne, die Frage wurde aber nicht entschieden, sondern die Entscheidung der Praxis der Gerichte vorbehalten. Die Antwort wird sich aus dem Grundsatze, daß der gesetzliche Vertreter gleich der Partei ist, und das Landesrecht, also auch das ausländische, bestimmt, wer gesetzlicher Vertreter ist, einfach dahin geben lassen, daß in solchen Fällen der Ausländer oder sein gesetzlicher Vertreter in Deutschland klagen können, wobei für den gesetzlichen Vertreter wieder zu berücksichtigen kommt, ob er nach dem Rechte seines Landes einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung bedarf und in diesem Falle eine solche besitzt. Verschieden hievon ist der Fall, wenn für

---

[6]) Prot. d. J.K. S. 23—24. Est ist schon zu § 24 bemerkt worden, daß die Prozeßfähigkeit des Ausländers immer zu berücksichtigen sei. Vergleiche S. 168 und Anm. 5 daselbst.

einen Ausländer in Deutschland eine Vormundschaft besteht.[7]) So lange dies der Fall ist, ist der Ausländer, in so fern er nicht für einzelne Rechtsstreitigkeiten prozeßfähig sein sollte, im Allgemeinen nicht handlungs- und nicht prozeßfähig.

Ein Zusatz zu § 53 „der Eintritt des gesetzlichen Vertreters in den Prozeß wird durch den Paragraphen nicht ausgeschlossen" wurde als überflüssig von der Justizkommission abgelehnt.[8])

Ein Ausländer, der in seinem Heimathstaate entmündigt wurde, aber trotzdem dort prozeßfähig bleibt,[9]) ist soweit auch immer in Deutschland prozeßfähig.

„nach dem Rechte des Prozeßgerichts". Das ist namentlich für Bayern eine zweifelhafte Bestimmung. Ist das Recht im Bezirke des Prozeßgerichts oder am Orte desselben gemeint?

Die Motive sprechen allerdings von „dem Rechte am Orte des Prozeßgerichts," [10]) das kann aber gegenüber dem Wortlaut des § nicht entscheidend sein. In beiden Fällen kann das Recht aber ein sehr verschiedenes, und oft ein mehrfaches sein.[11]) Es muß deshalb als Regel gelten: Entscheidend ist das Recht des Orts innerhalb des Prozeßgerichts, dessen Angehörigkeit zum Gerichtssprengel die Anhängigmachung bei diesem Gerichte begründet, sei dieses nun der Wohnsitz des Gegners oder der Ort, wo eine streitige Vertragsverpflichtung zu erfüllen ist (§ 29), oder wo sich das Vermögen des Schuldners oder die streitige unbewegliche Sache befindet (§§ 24, 25). Nur dann wird auf das Recht am Orte des Prozeßgerichts[12]) zu rekuriren sein, wenn auf ein örtlich unzuständiges Gericht prorogirt wurde.

---

[7]) Das wird allerdings nicht häufig vorkommen, ist aber immerhin möglich.

[8]) Prot. d. J.K. S. 24.

[9]) Vergl. § 51 Anm. 29.

[10]) Bes. Begr. d. E. zu § 53.

[11]) So gilt in den Vorstädten Nürnbergs, obgleich sie zum Bezirke des Stadtgerichts (künftigen Amtsgerichts) gehören, preuß. L.R., in der innern Stadt gemeines Recht und die Nürnberger Reformation. Das Lokal des Landgerichts (künftig gleichfalls Amtsgericht) ist in der innern Stadt, im Landgerichtsbezirke gilt aber mit wenigen Ausnahmen preuß. L.R.

[12]) D. h. der Ort, wo das Gerichtslokal steht.

Der § 53 äußert seine Wirksamkeit vorzüglich gegenüber etwaigen Beschränkungen der Großjährigkeit, dann der Prozeßfähigkeit der Ehefrauen, wenn solche im Auslande bestehen. So ist z. B. nach französischem Rechte die Ehefrau nicht berechtigt, ohne Autorisation des Ehemannes vor einem Prozeßgerichte aufzutreten.[13])

Auch erstreckt sich die Wirkung des § über Deutschland hinaus. Die im Auslande auf Requisition des inländischen Prozeßgerichts vorgenommenenen Prozeßhandlungen sind immer gültig, wenn der Handelnde nach dem Rechte des Prozeßgerichts des Inlands prozeßfähig ist, es ist also der vom Ausländer im Auslande auf Requisition des deutschen Gerichts geleistete Eid immer rechtswirksam, wenn der Ausländer nach dem Rechte des Prozeßgerichts prozeßfähig ist.[14])

§ 54.

Das Gericht hat den Mangel der Prozeßfähigkeit, die Legitimation eines gesetzlichen Vertreters und der erforderlichen Ermächtigung zur Prozeßführung von Amtswegen zu berücksichtigen.

Die Partei oder deren gesetzlicher Vertreter kann zur Prozeßführung mit Vorbehalt der Beseitigung des Mangels zugelassen werden, wenn mit dem Verzuge Gefahr für die Partei verbunden ist. Das Endurtheil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beseitigung des Mangels zu bestimmende Frist abgelaufen ist.

„Die Legitimation eines gesetzlichen Vertreters", das ist nicht die Legitimation zur Prozeßführung, sondern der Nachweis des Rechts, „anstatt der Partei" handeln zu dürfen. Der § 51 des hannover'schen Entwurfs hat bestimmt, daß der Vertreter seine Befugniß, wenn sie nicht gerichtskundig ist, nachzuweisen hat. Von da wurde diese Bestimmung als § 89 in den norddeutschen

---

[13]) Code civil Art. 215. Siehe Seite 290.

[14]) Seuffert, C.P.O. § 53 Nr. 4. Vergl. indessen die Bemerkungen zu § 435.

Entwurf aufgenommen. Auch bei Berathung des § 54 war der Antrag gestellt worden, dem ersten Absatz den weiteren Beisatz zu geben „wenn dieser Mangel aus den Akten hervorgeht oder offenkundig ist," wurde aber zurückgenommen. Es wurde aber schon bei Berathung des hannover'schen Entwurfs darauf aufmerksam gemacht, daß die erwähnte Bestimmung desselben sich von selbst verstehe, auch wurde sie hauptsächlich nur zur Vermeidung von Zweifeln in den Entwurf aufgenommen,[1]) zudem erklärte der Vertreter des Bundesraths v. Amsberg bei Berathung des § 52, daß es im Allgemeinen ganz dem richterlichen Ermessen anheim gegeben sein solle, ob der Richter Beweise fordern wolle oder nicht.[2]) Gerichtskundigkeit und Offenkundigkeit[3]) macht daher auch hier jeden Beweis überflüssig (§ 264).

„von Amtswegen zu berücksichtigen". Die Motive bemerken: Der § 54 erklärt es in Uebereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Doktrin, den neuen deutschen Prozeßgesetzen und Prozeßgesetzentwürfen für einen Gegenstand der öffentlichen Ordnung, daß keine Verhandlungen gepflogen werden, welche wegen Mangels der Prozeßfähigkeit, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters und der Ermächtigung zur Prozeßführung nichtig sind. Er überweist daher diese Punkte der Offizialprüfung des Prozeßgerichts.[4]) Wie weit sich aber diese Prüfung zu erstrecken, durch welche Mittel sie zu erfolgen habe, wird nicht angegeben. Der Richter wird in den Prozessen des Vormunds für dessen Mündel sicherlich den Nachweis der Ermächtigung zur Prozeßführung verlangen, wo solche Ermächtigung geboten ist, dagegen kann dem Richter offenbar nicht zugemuthet werden, in jedem Rechtsstreite von der Partei den Taufschein zu verlangen, um zu sehen, ob sie nicht

---

[1]) Prot. zum hann. E. S. 690—691.

[2]) Prot. d. J.K. S. 24.

[3]) Dahin gehört beispielsweise die durch Verordnung bestimmte und bekannt gemachte Behörde, die den Fiskus in einzelnen Fällen zu vertreten hat. Diese Behörde muß allerdings im Anwaltsprozesse einen Rechtsanwalt als Prozeßbevollmächtigten aufstellen, deshalb bleibt sie aber doch der gesetzliche Vertreter und ist als solcher „gleich dem Fiskus" zu behandeln.

[4]) Bes. Begr. zu § 54.

minderjährig ist. Das Gericht soll „berücksichtigen" nicht „von Amtswegen feststellen". Es muß also dem Gerichte eine Gelegenheit gegeben sein, berücksichtigen zu können. Dazu gibt § 130 Abs. 2 Veranlassung. Wenn das Gericht Thatsachen, die als Einreden geltend gemacht werden könnten, die aber möglicherweise die Gegenpartei gar nicht kennt und auf die sie wirksam nicht verzichten kann — und zu diesen Einreden gehört die der Prozeßunfähigkeit[5]) — von Amtswegen und auch in den höheren Instanzen bis zum Endurtheil in jeder Lage des Prozesses zu berücksichtigen hat, so kann auch die Partei selbst ihre eigene wie die Prozeßfähigkeit der andern beanstanden und dem Richter Gelegenheit zur Berücksichtigung geben, und sie ist verpflichtet, dies vor der Verhandlung zur Hauptsache zu thun, wenn über den Mangel der Prozeßfähigkeit vorerst Entscheidung getroffen werden soll.[6]) Wird der Mangel der Prozeßfähigkeit, oder Legitimation des Vertreters oder der besonderen Ermächtigung desselben zur Prozeßführung nicht sofort beseitigt oder ein bestehender Zweifel gehoben, so richtet sich das weitere Verfahren nach § 206, und wenn die eine Partei, deren Prozeßfähigkeit beanstandet ist, nicht erschienen ist, nach § 300. Ist also in dem Termine, in welchem die Legitimation einer Partei beanstandet wird, nur diese erschienen und wird zur Hebung des Anstandes die Sache auf einen andern Termin vertagt, so ist zu diesem der Contumax zu laden.[7]) Dagegen kann die von dem Gegner geladene Partei, wenn dessen Prozeßunfähigkeit außer Zweifel ist, sofort Versäumungsurtheil beantragen, einerlei, ob der Gegner erschienen ist oder nicht.

Daß überall, wo es sich um Ladungen an die Partei, deren Prozeßfähigkeit zweifelhaft ist, handelt, doch dieser die Ladung rechtswirksam zugestellt werden kann, wird sich kaum bestreiten lassen. § 157 setzt voraus, daß eine Partei nicht prozeßfähig ist und einen gesetzlichen Vertreter hat, § 55 ermächtigt nur zur

---

[5]) §§ 247 Abs. 2, 267 Abs. 2, 490.

[6]) §§ 247 No. 6, 248.

[7]) Bei Berathung des nordd. Entwurfs war man der entgegengesetzten Ansicht. Prot. z. nordd. E. S. 633.

Aufstellung eines solchen, wenn Gefahr auf Verzug ist. Was soll aber der Kläger thun, wenn dies nicht der Fall ist, und er gar nicht weiß, daß sein Prozeßgegner noch nicht volle 21 Jahre alt ist, dessen Eltern vor Kurzem gestorben sind, aber ein Vormund nicht aufgestellt wurde? Anders, wenn das Gericht weiß, daß der Geladene noch nicht prozeßfähig ist, dann ist dessen Prozeßfähigkeit auch nicht „zweifelhaft".

Die Motive weisen auch darauf hin, daß, wenn im Laufe eines Prozesses die Partei die Prozeßfähigkeit verliert oder der gesetzliche Vertreter durch Tod oder Ende seiner Vertretungsbefugniß wegfällt und letzternfalls vom Vertreter ein Prozeßbevollmächtigter nicht bestellt ist, der Prozeß nach §§ 219, 223 bis zur Regelung des Vertretungspunktes unterbrochen wird.

Bei Berathung des § stellte der Reichstagsabgeordnete Mayer an die Regierungskommission die Frage, ob ein förmliches Urtheil nothwendig sei, wenn Arreste und einstweilige Verfügungen wegen Nichtbeseitigung des Mangels der Prozeßfähigkeit aufgehoben würden? Direktor v. Amsberg erwiderte hierauf, es solle, wenn Mängel der Prozeßfähigkeit behauptet werden, das Contumazialurtheil ausgesetzt werden, komme es zu einer Verhandlung und es stelle sich heraus, daß der Betreffende den Mangel nicht beseitigen kann, so gilt die Partei als nicht erschienen und es wird ein Contumazialurtheil erlassen. Der Fall, wo Jemand einen ungeeigneten Vertreter schicke, komme hier nicht in Betracht. Sei der Arrest angelegt worden, so gelten die besonderen Vorschriften über das Arrestverfahren.[8])

Ueber die Frist zur Beanstandung der Prozeßfähigkeit, Legitimation des gesetzlichen Vertreters oder der Ermächtigung zur Prozeßführung bemerken die Motive weiter:

„Eine weitere Konsequenz ist der — von dem Entwurfe allerdings nicht ausgesprochene — Satz, daß das Gericht die fraglichen Mängel, sei es von Amtswegen, sei es auf Antrag einer Partei, bis zur *Erlassung des Endurtheils* zu berücksichtigen habe." Damit stimmt auch der Schlußsatz des §,

---

[8]) Prot. d. J.K. S. 24—25.

aus welchem sich auch ergibt, daß die Partei den Nachweis ihrer Prozeßfähigkeit zu liefern hat, nicht aber der Richter nach solcher von Amtswegen zu recherchiren verpflichtet ist. Was unter Endurtheil zu verstehen, sagen die §§ 272 ff.

Die Verpflichtung zur Berücksichtigung der Prozeßfähigkeit, der gesetzmäßigen Vertretung der Partei oder der besondern Ermächtigung zur Prozeßführung besteht auch für den höheren Richter, wenn die Sache vor Erlassung des Endurtheils an denselben gebracht wird, wenn z. B. außer dem Falle der Berufung oder Revision wegen Mangels der Prozeßfähigkeit eine Beschwerde aus einem andern Grunde erhoben wird. Der höhere Richter muß in einem solchem Falle, wenn es sich um eine Beschwerde der prozeßfähigen Partei handelt, den Erstrichter anweisen, der andern Partei die in § 54 erwähnte Frist zur Beseitigung des Mangels vorzusetzen,[9]) in andern Fällen muß er selbst den Mangel nach den Bestimmungen des § 54 zu heben suchen.

„die Partei" d. h. die nicht prozeßfähige Partei. Nach dem Wortlaute des § fällt hierunter allerdings auch diejenige physische Person, die gar keinen Willen hat, wie Kinder und Blödsinnige, man war jedoch schon bei Berathung des hannoverschen Entwurfs darüber einig, daß Personen, die gar keinen Willen haben, hier auszuschließen seien.[10]) Auf jeden Fall liegt die Befugniß des Gerichts hiezu in den Worten „kann — zugelassen werden".[11])

„zur Prozeßführung" ist nicht gleichbedeutend mit Durchführung des Prozesses, es kann nur die Vornahme derjenigen prozessualen Handlungen darunter verstanden werden, durch welche die Gefahr beseitigt wird.[12]) Es kann daher von ver-

---

[9]) Im hann. Entw. § 51 Abs. 2 war die Beanstandung oder Legitimation des gesetzlichen Vertreters ausdrücklich in jeder Instanz für zulässig erklärt. Prot. d. hann. E. S. 3753, 3755, 3766.

[10]) Prot. z. hann. E. S. 689—690.

[11]) Vergl. auch § 143.

[12]) Hierüber bestand bei Berathung des hann. Entwurfs kein Zweifel. Prot. z. hann. E. S. 687 a. E.

schiedenen gestellten Anträgen der Richter bezüglich des einen ein selbständiges Handeln gestatten, bezüglich des andern wegen Mangels der Dringlichkeit zurückweisen.[13]) Was von der Partei gilt, ist auch für deren gesetzlichen Vertreter giltig, wenn derselbe den Nachweis seiner Legitimation oder erforderlichen besonderen Ermächtigung nicht sofort liefern kann.

„mit dem Verzuge Gefahr für die Partei" nicht diese d. i. die prozeßunfähige Partei, um deren Gefahr es sich handelt, hat zu beurtheilen, ob eine solche vorhanden ist, das ist Sache des Gerichts. Indeß wird man gut daran thun, hier das Vorhandensein einer Gefahr nicht allzu strenge zu prüfen, da ja der Gegenpartei durch Zulassen des Vertreters kein Nachtheil erwächst, möglicher Weise aber die prozeßunfähige Partei bei Nichtzulassen zu Prozeßhandlungen ein unersetzbarer Schaden trifft.

„die für Beseitigung des Mangels zu bestimmende Frist". Das Gesetz schreibt keine bestimmte Frist vor, überläßt die Bestimmung dem Richter nach Würdigung der Umstände, auch wird diese Frist nicht für eine ausschließende erklärt und kann deshalb sogar öfter verlängert werden, ebenso wird auch die Art und Weise der Fristvorstreckung nicht näher angegeben.[14]) Wird in dieser Frist der Mangel gehoben, so bleiben gleichwohl nicht nur alle Handlungen, welche von der unfähigen Partei oder dem nicht legitimirten oder nicht besonders ermächtigten Vertreter vorgenommen wurden, sondern auch die hiemit im Zusammenhange stehenden Handlungen des Gegners[15]) nichtig, wenn nicht nachträglich die von der prozeßunfähigen Partei oder der nicht gesetzlich vertretenen Partei vorgenommenen Handlungen von dieser[16]) —

---

[13]) Wernz Bd. I S. 87 No. 6.

[14]) Schmidt Bd. I S. 55 verlangt ein Urtheil. Auch Wernz Bd. I S. 87 bezeichnet dies als das Ensprechendere.

[15]) Z. B. die Acceptation eines von der nicht gesetzmäßig vertretenen Partei zugeschobenen Eides, oder die Eidesleistung in Folge einer solchen Zuschiebung, das Zugeständniß einer von der prozeßunfähigen Partei vorgeschützten Einrede. Vergl. Prot. z. hann. E. S. 684, 685. Bl. f. R A. Bd. XL S. 118.

[16]) Nicht aber auch von der Gegenpartei, wie aus § 513 No. 5 hervorgeht. Bei Berathung des hannover'schen Entwurfs war man der Ansicht, daß auch die Gegenpartei diese Handlungen zu genehmigen habe.

sei es ausdrücklich oder stillschweigend — genehmigt wurden. Ist der Mangel beseitigt oder der bestehende Zweifel gehoben, so erfolgt die Fortsetzung des Prozesses auf Betreiben derjenigen Partei, die ein Interesse daran hat,[17]) wenn nicht der Richter von Amtswegen zu handeln hat, wie bei Erlassung eines Urtheils. Wenn aber der Mangel in der vorgesetzten oder verlängerten Frist nicht beseitigt wird, so ist die Partei oder derjenige gesetzliche Vertreter derselben, die den Mangel zu beseitigen hatten, als nicht erschienen zu betrachten. Unter Umständen kann das ganze Verfahren von vornherein nichtig sein, wenn z. B. einer unmündigen Partei die Ladung zugestellt wurde und die Partei vor Fällung des Urtheils, ohne daß ihr bis dahin ein Vormund bestellt werden konnte, stirbt.

Durch welche Mittel übrigens die Partei den Mangel beseitigen will, bleibt ihr überlassen, sie kann Urkunden ebenso gut benützen als Zeugen, selbst die Eideszuschiebung an die Gegenpartei ist nicht ausgeschlossen, wenn diese den Mangel als Einrede geltend machte aus Thatsachen, worüber der Eid zulässig ist.

Das Gericht kann natürlich Mängel, die ihm trotz des ausgeübten Fragerechts unbekannt blieben oder die es als Mängel nicht betrachtete, nicht berücksichtigen. Wird in einem solchen Falle ein Endurtheil erlassen, so ist hiegegen eine Nichtigkeitsklage zulässig (§§ 542 No. 4, 549 Abs. 2), außerdem kann die Entscheidung auch mit dem Rechtsmittel der Revision angefochten werden. (§ 513 No. 5.)

Daß eine nachträgliche, ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung der mangelhaften Prozeßführung durch die vertretene Partei — in so fern diese eine Genehmigung ertheilen kann — die Folgen des Mangels beseitigt, bedarf keiner Erörterung. Eine Genehmigung ist aber nicht nothwendig, wenn

---

[17]) Die C.P.O. enthält nur in § 60 eine Bestimmung über das Betreibungsrecht der Partei, wenn dies ein Streitgenosse ist. Es wurde indessen schon bei Berathung des norddeutschen Entwurfs anerkannt, daß selbstverständlich jeder Partei das Recht zustehen müsse, den Prozeß zu betreiben. Prot. zum hann. E. S. 551—552.

es sich nur um die Legitimation des gesetzlichen Vertreters handelte und er solche nachbringt.

In welcher Weise hat der Richter den Mangel der Prozeßfähigkeit zu berücksichtigen? Ist in allen denkbaren Fällen, wenn eine Partei minderjährig ist, wenn das Tutorium fehlt, wenn ein Vormund aufgetreten, der es nicht ist, wenn eine besondere Prozeßführungsermächtigung in Fällen, wo sie nothwendig, nicht vorgelegt wurde, die Verfügung darauf zu richten, daß der Vormund einzutreten, zu ratifiziren habe, daß Tutorium, Prozeßführungsermächtigung vorzulegen, der wirkliche Vormund hervorzutreten habe, oder daß in gewissen Fällen sofortige Zurückweisung des Klägers oder Verurtheilung des Beklagten einzutreten habe? Auffällig erscheint nämlich, daß der zweite Satz in Abs. 2: „das Endurtheil darf" u. s. w. durch seine Stellung zu der Annahme Anlaß geben könnte, er beziehe sich nur auf den Fall des Abs. 2 Satz 1 und nicht auch auf Abs. 1, in welchem Falle er richtiger als Abs. 3 eingestellt worden wäre. Da § 54 Abs. 1 unausgeschieden auch Fälle in sich begreift, in denen es sich um die bloße formale Legitimation des wirklich berechtigten Vertreters handeln kann, so wird davon auszugehen sein, daß zuerst die Beiziehung des Vormunds u. s. w. zu versuchen, und erst, wenn dies erfolglos blieb, die Klage abzuweisen oder Kontumazialurtheil zu erlassen ist.

§ 55.

Soll eine nicht prozeßfähige Partei verklagt werden, welche ohne gesetzlichen Vertreter ist, so hat der Vorsitzende des Prozeßgerichts derselben, falls mit dem Verzuge Gefahr verbunden ist, auf Antrag bis zu dem Eintritte des gesetzlichen Vertreters einen besonderen Vertreter zu bestellen.

Der Vorsitzende kann einen solchen Vertreter auch bestellen, wenn in den Fällen des § 21 eine nicht prozeßfähige Person bei dem Gerichte ihres Aufenthaltsorts oder ihres Garnisonorts verklagt werden soll.

Nach den Motiven soll hierdurch das Institut des Litiskurators geregelt werden.

„nicht prozeßfähige Partei", d. i. eine nicht prozeßfähige Person, bezw. eines der nach der §§ 19, 157 „parteifähigen Prozeßsubjekte", wie die Motive sagen,[1]) also physische wie juristische Person.[2])

„welche ohne gesetzlichen Vertreter ist". In den Motiven ist besonders hervorgehoben, daß eine Verhinderung des gesetzlichen Vertreters hierunter nicht begriffen sei.[3]) Es wird der Mangel eines gesetzlichen Vertreters vorausgesetzt.

„so hat". Hierin liegt eine Verpflichtung des Vorsitzenden, dem Antrage zu genügen. Weist er den Antrag zurück, so ist der Antragsteller zur Beschwerde berechtigt (§ 530).

Wenn sich nach Aufstellung des besonderen Vertreters ergibt, daß das angegangene Gericht unzuständig[4]) ist, so muß der Antrag bei dem Vorsitzenden des zuständigen Gerichts wiederholt werden, per arg. verb. „der Vorsitzende des Prozeßgerichts" ehe dort geklagt werden kann.

„falls mit dem Verzuge Gefahr verbunden ist". Auch hier ist es lediglich dem Ermessen des Vorsitzenden anheim gegeben, dies zu beurtheilen, nicht dem Kläger. Hier handelt es sich aber um die Gefahr des Letzteren, für die nicht prozeßfähige Partei selbst kann erst durch die Klage Gefahr auf Verzug entstehen, den besonderen Vertreter muß sie schon vorher haben. Für den Fall, daß eine prozeßunfähige Partei selbst wegen Gefahr auf Verzug klagen will, ist nicht § 55, sondern § 54 anzuwenden.

„auf Antrag". Der norddeutsche Entwurf § 88 hat hier deutlicher beigesetzt „des Klägers". Auch der § 55 setzt nur den

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 55.

[2]) Der Absatz 2 des § bezieht sich nur auf physische Personen — sagen die Motive — im Gegensatz zu Absatz 1. Bei Berathung des nordd. Entwurfs wurde die Aufstellung eines Vertreters für juristische Personen bekämpft. Prot. zum nordd. E. S. 138.

[3]) Der preuß. Entw. § 87 und der nordd. Entw. § 88 hatten hier vorgesehen, der Entwurf der C.P.O. aber hat, wie die Motive sagen, ein besonderes praktisches Interesse hiefür nicht anerkannt.

[4]) Was der Vorsitzende, der bei dem Amtsgerichte der Einzelrichter ist, selbst bei Bescheidung des Antrags nicht zu prüfen hat, denn das ist Sache des urtheilenden Gerichts.

Antrag des Klägers — nicht des Beklagten — voraus, wie allerdings der Wortlaut annehmen läßt, denn in den Motiven ist auch deutlicher als im Text gesagt: „auf Antrag des Gegners“. Der Gegner dessen, der verklagt werden soll, kann nur der Kläger sein. Ueber die Form des Antrags bestimmt das Gesetz nichts. Deshalb kann auch im bevorstehenden Anwaltsprozesse der Antrag, der selbstverständlich vor Erhebung der Klage zu stellen ist, bei dem Gerichtsschreiber zu Protokoll gegeben werden,[5]) bei dem Antrag handelt es sich noch gar nicht um Anwalts- oder Parteiprozeß, der erst mit der Klage beginnt. Außer dem Antrag zu Protokoll des Gerichtsschreibers muß aber auch jeder andere schriftliche Antrag genügen, keineswegs aber ein blos mündlicher Antrag bei dem Gerichtsvorsitzenden, der eine Basis für seine Verfügung und eine Rechtfertigung hiefür dem Antragsteller gegenüber haben muß.

Ebenso verhält es sich, wenn eine Klage bei einem Obergerichte als I. Instanz gestellt werden soll.[6]) Der bestellte besondere Vertreter hat seine Partei so lange zu vertreten, bis er durch den gesetzlichen Vertreter ersetzt wird.[7])

„Der Vorsitzende kann“. Der Absatz 2 des § ist nicht an die Voraussetzungen des Absatz 1 gebunden. Ob die Person, die verklagt werden soll, einen gesetzlichen Vertreter hat oder nicht, ist gleichgültig, auch Gefahr auf Verzug ist nicht gefordert, denn dann „kann“ der Vorsitzende nicht einen Vertreter bestellen, sondern er „muß“, ohne Rücksicht, bei welchem Gerichtsstande die Klage erhoben werden will. Selbstverständlich ist aber auch in dem Falle des Absatz 2 ein Antrag des Klägers nothwendig.

---

[5]) Eine Beschränkung hierauf für den Parteiprozeß, wie solche Seuffert, C.P.O. zu § 55 unter 3 angenommen wird, läßt sich nicht rechtfertigen; es handelt sich hier weder um Vertretung der Partei im mündlichen Verfahren, noch um einen vorbereitenden Schriftsatz im Sinne der §§ 116, 117; auf der andern Seite gebietet die Abwendung drohender Gefahr ein einfaches Verfahren, während ein Armer erst die Beigebung eines Anwaltes nachsuchen, resp. die Erledigung dieses Gesuches abwarten müßte.

[6]) Vergl. S. 107—108.

[7]) Vergl. die Bemerk. zu § 219.

Darüber, wer verpflichtet ist, die Stelle eines besonderen Vertreters zu übernehmen, enthält die Civilprozeßordnung keine Bestimmung, und auch das hiefür allein maßgebende bürgerliche Recht wird kaum eine desfallsige Entscheidung enthalten. Es wird nicht fehlgegriffen sein, wenn man die civilrechtlichen Bestimmungen über die Verpflichtung zur Uebernahme einer Kuratel hier analog in Anwendung bringt.

Zweiter Titel.

Streitgenossenschaft.

§ 56.

Mehrere Personen können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn sie in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen, oder wenn sie aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind.

Eine Streitgenossenschaft ist vorhanden, wenn von mehreren Klägern mehrere Klagen gegen einen Beklagten oder von einem Kläger mehrere Klagen gegen mehrere Beklagte oder von mehreren Klägern mehrere Klagen gegen mehrere Beklagte in einer Klage verbunden werden. Wie aber schon gemeinrechtlich eine solche Verbindung nicht unbedingt zulässig, sondern an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist, so läßt auch die Civilprozeßordnung eine derartige Verbindung nicht allgemein zu, hat vielmehr deren Voraussetzungen in den §§ 56 und 57, von denen ersterer die eigentliche (sog. ächte), letzterer die uneigentliche (sog. unächte) Streitgenossenschaft behandelt, festgestellt. Die beiden Paragraphen handeln von der Zulässigkeit der subjektiven Streitgenossenschaft.

Eine Streitgenossenschaft entsteht entweder durch den Willen des Klägers, indem er verschiedene Parteien verklagt, anderseits aber müssen mehrere Personen, wenn sie als Streitgenossen klagen wollen, sich hierüber einigen, abgesehen von den Fällen einer nothwendigen Streitgenossenschaft (§ 59). Endlich kann eine

Streitgenossenschaft durch das Verbindungsrecht des Gerichts (§ 138) entstehen.

„Mehrere Personen“ ist hier gleichbedeutend mit mehreren Parteien, da in der That die Streitgenossenschaft in der Verbindung mehrerer Prozesse zu einem besteht. Es können daher diese mehrere Personen blos juristische oder physische, oder theils juristische, theils physische Personen sein, unter sich stehen sie in einem blos zufälligen Gesellschaftsverhältnisse, ohne dadurch aufzuhören, als Einzelne in Betracht zu kommen; daß sie gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, ist ein Faktum, welches rechtliche Wirkungen unter ihnen nicht begründet.[1])

„können als Streitgenossen klagen oder verklagt werden“ hat eine doppelte Bedeutung, einmal liegt hierin der Gegensatz zu § 59; dort werden sie als gemeinschaftlich vor Gericht auftretend betrachtet, während die §§ 56 und 57 nur eine Ausnahme von der Regel bilden, daß jede einzelne Klage auch besonders zu erheben ist, andererseits wird durch die Berechtigung zum gemeinsamen Prozeßführen die exceptio plurium litis consortium für die Fälle der §§ 56 und 57 beseitigt.

„gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden“, d. h. die verschiedenen Parteien können in einer Klage auftreten oder belangt werden, oder vor dem Amtsrichter an einem Gerichtstage zusammen erscheinen und gemeinschaftlich mündlich verhandeln. Die Motive bemerken hiezu: „Der Entwurf gestattet nicht nur im Falle der Gemeinsamkeit (§ 56), sondern auch im Falle der Gleichartigkeit der Streitpunkte (§ 57), daß mehrere Personen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden können, da auch in dem letzteren Falle die prozessuale Möglichkeit einer ordnungsmäßigen Behandlung der mehreren Ansprüche in demselben Verfahren gegeben und dem Gerichte durch das ihm unbeschränkt eingeräumte Trennungsrecht (§ 136) das Mittel gewährt ist, die Verbindung wieder aufzuheben, wenn es sich herausstellt, daß dieselbe zu einer Verwirrung des Verfahrens führen muß,[2]) oder

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 58.

[2]) Das kann eintreten, wenn ein Theil der Streitgenossen leugnet, ein anderer zugesteht, ein dritter Einreden vorbringt u. dgl.

daß aus andern Gründen der dadurch angestrebte Zweck nicht erreicht zu werden vermag.

Bewogen durch die Zweckmäßigkeitsgründe, welche für die Verbindung mehrerer Prozesse zu Einem Verfahren sprechen, ist der Entwurf nicht dabei stehen geblieben, diese Verbindung ausschließlich von dem Willen des oder der Klageberechtigten abhängig zu machen, er hat vielmehr dem Gerichte die Befugniß ertheilt, unabhängig von dem Willen derselben mehrere bei ihm anhängige Prozesse verschiedener Parteien zu verbinden, wenn die Ansprüche, welche den Gegenstand dieser Prozesse bilden, in rechtlichem Zusammenhange stehen oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können (§ 138)."[3])

Das Gericht kann, wie es verschiedene Klagen gleicher Parteien verbinden kann, so auch die Klagen verschiedener Parteien und gegen verschiedene Parteien unter den bemerkten Voraussetzungen verbinden und dadurch eine aktive oder passive Streitgenossenschaft begründen.

„in Rechtsgemeinschaft stehen". Was Rechtsgemeinschaft ist, lehrt das Civilrecht. Man dachte hier vor Allem an die gemeinrechtliche communio juris,[4]) hieher gehört also z. B. der Fall des Miteigenthums, ist es untheilbar, tritt § 59 ein.

„aus demselben thatsächlichen und rechtlichem Grunde berechtigt oder verpflichtet sind". Daß die von oder gegen Streitgenossen erhobenen Ansprüche gleichartige sind, ist in § 56 nicht, wie in § 57, gefordert. Bei Berathung des hannover'schen Entwurfs wurde als derselbe thatsächliche und rechtliche Grund bezeichnet, wenn eadem causa agendi vel deferendi vorliegt, wenn z. B. bei einem Raufhandel Mehrere Mißhandlungen verübt oder erlitten haben, oder wenn aus demselben grundherrlichen

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 56, 57.

[4]) Prot. z. hann. E. 693. Im Allgemeinen sind alle die Fälle hieher zu rechnen, daß verschiedene Parteien in Rücksicht auf denselben Streitgegenstand bestimmte allen zustehende rechtliche, wenn auch quantitativ ungleiche Ansprüche gegen den Dritten erheben.

Verhältnisse gegen Mehrere, welche zu derselben Markung gehören, geklagt werde.[5])

Hieher gehört auch der Fall, wenn der Eigenthümer eines Grundstücks und der Servitutberechtigte gemeinsam wegen einer Handlung klagen, weil durch diese das Eigenthum verletzt und der Besitz der Servitut gestört wurde, ebenso erscheinen als Streitgenossen Gläubiger und Schuldner bei der von dem Dritten erhobenen Widerspruchsklage (§ 690 Abs. 2), ferner gehört hieher das Verhältniß mehrerer Miterben u. dgl.

Für die auf Privatwillkür beruhende Streitgenossenschaft sind übrigens engere Schranken gezogen, als für die durch das Gericht zu begründende. Diese verlangt nur einen rechtlichen Zusammenhang (§ 138),[6]) jene denselben thatsächlichen und rechtlichen Grund. Wenn also der Bierbrauer A. mit dem Wirthe B. und mit dem Wirthe C. und zwar mit jedem einen besondern Vertrag über Bierlieferung abgeschlossen hat, die er nicht einhält, so können B. und C. bei einer Klage auf Entschädigung selbstständig nach § 56 keine Streitgenossenschaft bilden,[7]) aber das Gericht kann beide Prozesse verbinden.

Daß Streitgenossen einen gemeinschaftlichen Gerichtsstand haben, wird nicht erfordert. Die Motive bemerken hiezu: Außerdem hat der Entwurf durch die Vorschrift des § 36 Nr. 3[8]) die Herbeiführung der Verbindung in Fällen ermöglicht, in denen rücksichtlich der mehreren zu verklagenden Personen kein gemeinschaftlicher Gerichtsstand besteht.[9]) Die Bestimmungen des § 5 über die Zusammenrechnung mehrerer in einer Klage geltend gemachten Ansprüche finden auch auf die Streitgenossenschaft Anwendung[10]) und wird hiedurch der Vortheil geboten, daß amts-

---

[5]) Prot. z. hann. E. S. 694.

[6]) Vergl. § 33 S. 213 und die Bemerkungen zu § 136 unter den Worten „nicht in rechtlichem Zusammenhang steht".

[7]) Möglicherweise aber nach § 57.

[8]) S. 225.

[9]) Vergl. übrigens hiezu § 566 Abs. 2.

[10]) S. 81 a. E.

gerichtliche Sachen beim Mangel einer Prorogation zur Verhandlung und Entscheidung vor die Landgerichte gebracht werden.[11])

Endlich ist noch zu bemerken, daß das Interesse der Streitgenossen nur gegenüber der anderen Partei ein gemeinschaftliches ist, dies liegt eben in demselben thatsächlichen und rechtlichem Grunde, keineswegs aber verlangt der § ein den Streitgenossen eigenes gemeinsames Interesse.[12])

§ 57.

Mehrere Personen können auch dann als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn gleichartige und auf einem im Wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden.

Der § handelt von der sogenannten uneigentlichen Streitgenossenschaft.

„gleichartige — Ansprüche". Was gleichartige Ansprüche sind, wird von keinem Entwurfe und in keiner Begründung zu diesen erörtert. So viel steht fest, daß „gleichartig" und „gleich" verschiedene Begriffe sind. Der Commissionsbericht zur württemberger Civilprozeßordnung bemerkt hierüber:[1]) Die Frage freilich, nach welchen Merkmalen sich der Begriff der Gleichartigkeit bestimme, läßt sich im Allgemeinen nicht beantworten. Hier tritt vielmehr das Gebiet der freien richterlichen Beurtheilung der Umstände ein, durch welche die mehreren subjektiv gehäuften Klagen als von gleicher Art oder auf gleicher Grundlage ruhend sich darstellen. Entscheidend ist insbesondere die Aehnlichkeit der Gründe und Beweise für alle einzelnen Klagen, wenn dieselben auch weder in den Rechtsverhältnissen noch in den Objekten zusammentreffen.

---

[11]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[12]) Prot. z. hann. E. S. 693.

[1]) Württemb. Comm. B. S. 61. Auch bei Berathung des gleichen § 56 des hann. E. wurde bemerkt, er gebe keine völlig klare Begriffsbestimmung von dem hier in Rede stehenden Rechtsverhältnisse; Prot. z. hann. E. S. 694.

„im Wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhen". Ist schon unbestimmt, was gleichartig ist, so ist noch mehr unbestimmt, was im Wesentlichen gleichartig ist.[2]) Auch hier muß dem richterlichen Ermessen lediglich die Entscheidung anheim gegeben werden. Als Beispiel eines unter § 57 zu bringenden Falls wird angeführt, wenn eine größere Zahl von Giltpflichtigen oder Forstberechtigten, wobei gleichmäßig Verjährung und Herkommen als Gründe der Entstehung der Rechte geltend gemacht werden, zusammen belangt sind oder auftreten, ferner dient als Beispiel der Fall, wenn mehrere verschiedenartig Versicherte gegen Versicherungsgesellschaften auf Zahlung der Versicherungssumme auftreten.

Durch die Gleichartigkeit oder die im Wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Gründe der Ansprüche, welche die Basis der Streitgenossenschaft bilden, wird aber nicht ausgeschlossen, daß das Interesse der Streitgenossen ein konträres sein kann.[3])

Das Trennungsrecht des Richters besteht wie für § 56, so auch für § 57. Bleibt das Gericht nach der Trennung zuständig?[4])

Die Streitgenossenschaft hat im Allgemeinen keine andere Wirkung, als daß die verschiedenen Prozesse in einem gemeinschaftlichen Verfahren verhandelt werden. Die Auflösung einer Streitgenossenschaft, weil sie unzulässig ist oder weil sie zur Verwirrung des Prozesses führen würde, kann nur diese Wirkung wieder beseitigen, im Uebrigen bleibt sich die Sache gleich. Nach dem Grundsatze des § 235 bleibt das Gericht für die abgetrennten Sachen immer zuständig. Die Frage, ob die Streitgenossenschaft zulässig ist, hat übrigens das Gericht von Amtswegen zu prüfen, da von der Zulässigkeit einer solchen wichtige Folgen abhängen.[5])

---

[2]) Ein Antrag, die Worte „im Wesentlichen" zu streichen, wurde bei Berathung des norddeutschen Entwurfs ohne Angabe von Gründen abgelehnt. Prot. z. nordd. E. S. 126.

[3]) Bl. f. R.A. Bd. XXXVIII S. 39.

[4]) Vergl. S. 81. Hier ist das Verhältniß kein anderes.

[5]) Vergl. z. B. § 434.

Voraussetzung einer solchen Zulässigkeit ist die Gleichartigkeit des Verfahrens für die einzelnen geltend gemachten Ansprüche, dann die Zuständigkeit des Gerichts für jeden dieser Ansprüche, abgesehen natürlich von einer statthaften Prorogation.

§ 58.

Streitgenossen stehen, so weit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzes sich ein Anderes ergiebt, dem Gegner dergestalt als Einzelne gegenüber, daß die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vortheile noch zum Nachtheile gereichen.

Materiell sind die Interessen der Streitgenossen unabhängig von einander, so daß jeder Streitgenosse so beurtheilt werden muß, als ob er allein mit seinem Gegner im Prozesse befangen wäre. Was der einzelne Streitgenosse thut oder unterläßt — der Ausdruck „Handlungen" in § 58 umfaßt seiner allgemeinen Bedeutung nach auch Unterlassungen[1]) — gereicht dem Andern weder zum Vortheile noch zum Nachtheile. Jeder Streitgenosse kann sich daher besonderer Angriffs= und Vertheidigungsmittel (vgl. § 95 Abs. 3) bedienen, wie umgekehrt der Gegner besondere Angriffs= und Vertheidigungsmittel einzelnen Streitgenossen gegenüber geltend machen kann, ohne daß der Erfolg derselben auf den Ausfall des Prozesses für oder gegen die andern Streitgenossen einwirkt. Insofern allerdings die Handlungen eines Streitgenossen auf die Feststellung von Thatsachen von Einfluß sind und so weit diese Feststellung nicht an gesetzliche Regeln gebunden, sondern von der freien Ueberzeugung des Gerichts (§ 259) abhängig ist, bilden die betreffenden Handlungen einen Theil des Materials für die richterliche Ueberzeugung, und werden daher mittelbar die Sache des andern Streitgenossen beeinflussen können.[2])

„des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzes" beruht auf der Berathung des norddeutschen Entwurfs und hatte die Fest=

---

[1]) Wie dies bayer. P.O. § 64 und württemb. C.P.O. § 89 ausgesprochen ist.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu 58.

stellungen über den Eid u. s. w. im Auge.[3]) Zu den Vorschriften dieses Gesetzes gehören die Bestimmungen der §§ 59, 351, 434, 438.

„sich ein Anderes ergibt". In den soeben angeführten Paragraphen sind solche Ausnahmen enthalten, diese selbst aber zum Theile dem bürgerlichen Rechte entnommen.

„dergestalt als Einzelne gegenüber". Der Schlußsatz des Paragraphen „daß die Handlungen u. s. w." ist gerade eine Folge des Prinzips, daß der eine Streitgenosse von dem andern ganz unabhängig ist. Es ist daher auch beim Erscheinen aller Streitgenossen eine Verschiedenheit des Urtheils bei sonst ganz gleich gelagerten thatsächlichen Verhältnissen möglich, wenn der eine Streitgenosse ein Rechtsmittel einreicht und ein abgeändertes Urtheil erwirkt, es hat die Versäumung eines Streitgenossen für diesen dieselben Folgen, als wenn er allein geklagt hätte oder verklagt worden wäre,[4]) so daß rücksichtlich desselben die Vorschriften der §§ 295 ff. zur Anwendung kommen, während rücksichtlich der erschienenen Streitgenossen die Verhandlung und Entscheidung kontradiktorisch erfolgen.[5])

In den Fällen der §§ 56, 57 kann in konsequenter Durchführung des im § 58 ausgesprochenen Prinzips das Geständniß des einen Streitgenossen gegenüber dem leugnenden keinen Einfluß äußern.[6]) § 261 steht dem nicht entgegen, das Geständniß des einen Streitgenossen gegenüber dem andern ist ein res inter alios acta. Auch die von einem Streitgenossen gestellte Widerklage ist in der Regel ohne allen Einfluß auf das Verhältniß der übrigen.[7]) Eine gemeinsame Vertretung der Streitgenossen ist nicht vorgeschrieben, dagegen auch nicht ausgeschlossen, ebenso wenig verlangt die Civilprozeßordnung einen gemeinschaftlichen Zustellungs-

---

[3]) Prot. z. nordd. E. S. 126—127.

[4]) Prot. z. nordd. E. S. 637.

[5]) Bes. Begr. d. E. zu § 58.

[6]) Zweifelhaft ist dies in Fällen des § 59. Vergl. zu diesem.

[7]) Vergl. übrigens. S. 82.

bevollmächtigten. Da jeder Streitgenosse als Partei erscheint, richten sich die Zustellungen nach §§ 156, 157, 162.

Nach dem Umstande, daß jeder Streitgenosse Partei ist, richten sich auch die von den einzelnen Streitgenossen zu ergreifenden Rechtsmittel, das von einem Streitgenossen ergriffene ist ohne Wirkung für den andern;[8]) ebenso haftet ein Streitgenosse für die Kosten der von ihm besonders geltend gemachten Angriffs- und Vertheidigungsmittel (§ 95 Abs. 3).

Der Nebenintervenient kann möglicher Weise nach § 58 als Streitgenosse in Betracht kommen (§ 66). Ein Kontumazialverbindungsurtheil, wie dies in der bayer. P.O. Art. 316—318 vorkommt, konnte die C.P.O. nicht aufnehmen.

§ 59.

Kann das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden, oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine nothwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen.

Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen.

Der § handelt, wie er selbst anführt, von der nothwendigen Streitgenossenschaft. Die Motive bemerken hiezu: „Der § 58 kommt nicht zur Geltung, so weit aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzbuchs sich ein Anderes ergibt. Derartige Ausnahmen hat der Entwurf für den Fall der Versäumung und des zugeschriebenen Eides in den §§ 59 und 434 aufgestellt, Ausnahmen, welche eintreten, wenn

1) das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann,[1]) oder wenn

---

[8]) Vergl. indessen zu § 59 a. E.

[1]) Nur auf diese Alternative bezieht sich § 434.

2) die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine nothwendige ist.[2])

Beiden Voraussetzungen ist gemeinsam, daß sie dem bürgerlichen Rechte zu entnehmen sind. Während die letztere die Fälle umfaßt, in denen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine Klage gemeinschaftlich von mehreren oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben ist (die Fälle der s. g. exceptio plurium litisconsortium) ist bei den ersteren zunächst an Fälle gedacht, in denen mehrere Personen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, obgleich jedem Einzelnen die Vertretung des streitigen Rechtsverhältnisses in solidum zusteht. Ein Beispiel gewähren die Bestimmungen des römischen Rechts, nach denen die „Untheilbarkeit der Prädialservituten jeden Miteigenthümer als solidarischen Vertreter des herrschenden sowohl als des dienenden Grundstücks erscheinen läßt", so daß jeder Miteigenthümer konfessorisch oder negatorisch klagen und verklagt werden kann, und das erlassene Urtheil für und gegen sämmtliche Miteigenthümer volle Wirksamkeit hat — sententia praedio datur. Klagen daher sämmtliche condomini oder werden sie sämmtlich verklagt, so ist für und gegen dieselben nur ein übereinstimmendes Urtheil möglich: das Grundstück kann pro parte indivisa nicht servitutfrei und pro parte indivisa nicht mit einer Servitut belastet sein. Außer der Untheilbarkeit des streitigen Rechtsverhältnisses[3]) kann hieher auch die Untheilbarkeit des Streitgegenstandes gehören, je nach der Auffassung, welche eine derartige Untheilbarkeit in den bürgerlichen Rechten gefunden hat. Jedenfalls werden die Verhältnisse des Miteigenthums und des Miterbrechts in dem Geltungsgebiete des preuß. L.R.[4]) nach der die Praxis bestimmenden Auffassung

---

[2]) Vergl. §§ 61, 607.

[3]) Vgl. über die einzelnen Fälle Savigny, Obligationenrecht §§ 30—32.

[4]) Hieher gehört die Bestimmung des preuß. L.R. Thl. I Tit. 17 § 151: die zur Erbschaft gehörenden Aktivforderungen können die Erben, so lange sie im Miteigenthum stehen, nur gemeinschaftlich einziehen, ferner Thl. I Tit. 5 § 450: Hat sich Jemand in einem Vertrage mehreren Personen zu einer und eben derselben Sache oder Leistung verpflichtet, so können die Mitberechtigten das gemeinschaftliche Recht in der Regel nur gemeinschaftlich ausüben. Vergl. auch preuß. L.R. Thl. I Tit. 8 § 14, 15, 17.

des Obertribunals mitbegriffen, wenn sie nicht der zweiten Kategorie, den Fällen der exceptio plurium litisconsortium beizuzählen sind.[5]) Auch gemeinrechtlich fällt unter § 59 Miteigenthum, Miterberecht, Mitbesitz u. s. w., dann Correal- und Solidarobligationen. Nach französischem Rechte ist in einzelnen Fällen das Miteigenthum hieher zu zählen.[6])

Bei der Untheilbarkeit eines Gegenstandes oder einer Leistung kann jeder Kläger das Ganze fordern, während jeder Verpflichtete das Ganze schuldet,[7]) aber das Urtheil befreit den Schuldner nur zu dem Antheil des Solidargläubigers, der in der Sache Partei war; ein Solidargläubiger, dessen Recht erloschen, kann sich nicht darauf berufen, daß das der Uebrigen fortbestehe. Derartige Verhältnisse gehören nicht unter § 59.

Das bayerische Landrecht zählt auch das Miteigenthum, Miterberecht, der Mitbesitz hieher.[8])

Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch verlangt zur Verfügung über eine gemeinschaftliche Sache die Einwilligung aller Miteigenthümer.[9]) Was die Solidarschuldverhältnisse anbelangt, so sind Correal- und Solidarobligationen verschmolzen, aber bei Gesammtschuldverhältnissen hat die gegen den Gesammtschuldner oder Gesammtgläubiger über das Gesammtschuldverhältniß getroffene Entscheidung gegen die übrigen keine Wirkung.[10]) In diesem Sinne haften Miterben in einzelnen Fällen als Gesammtschuldner, außerdem sind Forderungen und Verbindlichkeiten als nach dem Verhältnisse der Erbtheile getheilt zu betrachten.[11])

Ob Klagen gegen eine Handelsgesellschaft hieher zu subsumiren sind, haben die Motive als zweifelhaft hingestellt. Die Frage ist

---

5) Bes. Begr. d. E. zu § 58.

6) Zachariä, franz. Civil-R. Bd. I § 197.

7) Zachariä, franz. Civil-R. Bd. II S. 292. Code civil Art. 1200 ff Fälle von Solidarschuldverhältnissen finden sich in den Art. 395, 1033, 1419, 1442, 1734, 1887, 2002.

8) Bayer. L.R. Thl. II c. II § 16 und Anm. hiezu unter 3.

9) Sächs. bürg. G. § 330, 333.

10) Sächs. bürg. G. § 1032. Hieher gehört auch der Fall des § 332.

11) Sächs. bürg. G. §§ 2390, 2347, 2352, 2353.

zu bejahen. Die Handelsgesellschaft ist eine Partei, die von ihren Gesellschaftsmitgliedern vertreten wird, das Urtheil muß gegen das eine Gesellschaftsmitglied ausfallen wie gegen das andere, mögen sie zusammen oder einzeln klagen oder verklagt werden. Man darf nur den Fall nicht damit verwechseln, daß gegen den Einzelnen aus seiner persönlichen Haftung, nicht als Theilhaber des Ganzen, geklagt wird.

„Kann das streitige Rechtsverhältniß". Wie aus dem Zusammenhange des § und aus dem Gegensatze „oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine nothwendige" hervorgeht, zählt der § auch die vorstehend unter 1 aufgeführten Rechtsverhältnisse zu den Fällen der nothwendigen Streitgenossenschaft, ob mit Recht, mag dahin gestellt bleiben, an der Tragweite des Gesetzes wird hiedurch nichts geändert, die erste Alternative bleibt sich deshalb gleich.

„aus einem sonstigen Grunde eine nothwendige ist". Das ist nach den mitgetheilten Motiven bei der Streitgenossenschaft der Fall, wenn der Beklagte die Klage beanstanden kann, weil sie nicht von allen Streitgenossen oder gegen alle Streitgenossen erhoben wurde. Schon bei Berathung des norddeutschen Entwurfs war man darüber einig, daß die Frage, ob die Klage von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Berechtigte anzustellen sei und die damit zusammenhängende exceptio plurium litisconsortium[12]) sich nach dem bürgerlichen Rechte entscheide.[13])

„als durch die nicht säumigen vertreten angesehen". Aus dem Wortlaute des § 59 sollte folgen, daß auch in den Fällen des § 59 die Streitgenossen immer als Einzelne dem Gegner gegenüber stehen, und nur bei einer Frist oder einem Termine der Erschienene den Säumigen vertritt, so daß nur, wenn keiner der Streitgenossen erschienen ist, ein Versäumungsurtheil erlassen werden kann. Das Letztere ist nun vollkommen richtig, aber gerade bei der ersten Alternative des § 59 wird sehr häufig eine Ausnahme von dem

---

[12]) Sie ist eine dilatorische Einrede. Auch der württemb. Comm. B. S. 62 zu dem gleichen § 87 der württemb. C.P.O. hat sie als solche anerkannt.

[13]) Prot. z. nordd. E. S. 126.

in § 58 aufgestellten Prinzipe, daß die Handlungen des einen Streitgenossen dem andern weder zum Vortheile noch zum Nachtheile gereichen, eintreten. Jede von einem Streitgenossen begründete Einrede, welche das gegen die Streitgenossen geltend gemachte und einheitlich festzustellende Recht zerstört, nützt hier, so ferne nicht landesrechtliche Bestimmungen entgegenstehen, auch den übrigen. Die Motive bemerken: In den bezeichneten Fällen muß im Interesse des bürgerlichen Rechts, durch welches das in judicium geführte Rechtsverhältniß beherrscht wird, eine prozessuale Verbindung der mehreren Streitgenossen mit Nothwendigkeit eintreten, damit nicht durch widersprechende Urtheile über dieses Rechtsverhältniß unlösbare Verwickelungen herbeigeführt werden. Wenn nun einer von mehreren als Streitgenossen belangten Testamentserben, die zugleich Intestaterben sind, dem aus dem Testamente klagenden Legator gegenüber die Ungültigkeit des Testaments behauptet und nachweist, so nützt das auch den übrigen.

Nützt oder schadet im Falle der ersten Alternative des § das Geständniß eines Streitgenossen den übrigen? Die Motive bemerken hiezu: Weitere Schwierigkeiten entstehen, wenn sich die Erklärungen der Streitgenossen widersprechen, wenn z. B. der eine Streitgenosse gesteht, der andere leugnet. Der Entwurf hat eine Regelung in diesem Falle nicht für erforderlich erachtet. Die konsequente Durchführung der den Entwurf beherrschenden Prinzipien fordert, daß die nur von einzelnen Streitgenossen eingeräumte Thatsache als bestritten gelte,[14]) bei Beurtheilung der Frage aber, ob diese bestrittene Thatsache als bewiesen anzunehmen sei, es der freien Würdigung des Gerichts unterliegen muß, welches Gewicht auf das Geständniß der einzelnen Streitgenossen zu legen ist (nordd. Prot. II S. 1040).[15]) Es ist

---

[14]) Was allerdings im Gesetze hätte ausgesprochen werden sollen.

[15]) Diese wörtlich der citirten Stelle der nordd. Protokolle entnommene Motivirung bezieht sich, wie dort ausdrücklich bemerkt ist, nur auf untheilbare Gegenstände und solche, über welche in rechtlich wirksamer Weise nur von allen Berechtigten gemeinsam verfügt werden kann, also nur auf die Fälle des § 59, nicht auf die übrigen Arten der Streitgenossenschaft.

daher trotz des Zugeständnisses einzelner Streitgenossen bei dem Leugnen der übrigen und dem Erbieten des Gegners zum Beweise eine Beweisaufnahme nicht zu vermeiden, bei der Würdigung dieser kann aber das Gericht das Geständniß einzelner Streitgenossen nach § 259 nach freier Ueberzeugung würdigen. Würde man das Geständniß sofort berücksichtigen müssen, so könnte, wenn A. und B. wegen einer Solidarschuld belangt werden, wobei B. behauptet, A. sei allein Schuldner, sich letzterer durch Zugeständniß der Solidarschuld einen nicht vorhandenen Mithaftenden verschaffen.

„durch den nicht säumigen vertreten angesehen". Hieraus folgt, daß in dem Termine, in welchem ein Streitgenosse nicht erscheint, die Verhandlung mit dem Erschienenen stattfindet, daß gegen den Nichterschienenen ein Versäumnungsurtheil nicht erlassen wird, daß das Urtheil, welches auf Grund der Verhandlung mit dem erschienenen Streitgenossen ergeht, gleichviel, ob dessen Anführungen dem Nichterschienenen günstig oder nachtheilig sind, stets auch für den letzteren ein kontradiktorisches ist. Diese nothwendige Verbindung gilt nicht nur für den ersten Termin, welcher zur mündlichen Verhandlung zur Hauptsache bestimmt ist, sondern für die ganze Dauer des Rechtsstreits; sie tritt ein, sobald der Fall der Versäumung vorliegt und währt bis dahin, daß der säumige Streitgenosse sich an dem späteren Verfahren wieder betheiligt.[16]) Diese Betheiligung ist ihm jederzeit gestattet und er ist zu neuen Terminen zu laden, für welche es überhaupt einer besonderen Ladung der Partei, beziehungsweise nach § 60 einer Ladung der andern Streitgenossen bedarf. Die §§ 160, 161 über die Aufstellung eines Zustellungsbevollmächtigten sind auf den nicht erschienenen Streitgenossen anzuwenden,[17]) ebenso kann der nicht erschienene Streitgenosse — weil Partei — zum persönlichen Erscheinen nach § 132 vorgeladen werden. Auch kann

[16]) Wenn hienach auch der Erschienene faktisch als gesetzlicher Vertreter des Säumigen in gewisser Beziehung erscheint, so ist er dies doch nicht nach dem bürgerlichen Rechte, und Zustellungen an einen der Streitgenossen gelten nicht für Zustellungen an den andern.

[17]) Vergl. die vorstehende Anm. 16.

der säumige Streitgenosse unter Umständen für die Kosten in Anspruch genommen werden.[18])

§ 60.

Das Recht zur Betreibung des Prozesses steht jedem Streitgenossen zu; er muß, wenn er den Gegner zu einem Termine ladet, auch die übrigen Streitgenossen laden.

„Das Recht zur Betreibung". Der Streitgenosse ist selbstständige Partei und hat die Rechte dieser auf Betreiben des Prozesses. Der § ist für alle Fälle der Streitgenossenschaft anwendbar. Er enthält außer der Bestimmung über das Betreibungsrecht eine Vorschrift über das Verfahren, welches der einzelne Streitgenosse zu beobachten hat, wenn er allein den Prozeß betreiben will, er muß, wenn er den Gegner zu einem Termine ladet, auch die auf seiner Seite stehenden Streitgenossen laden.[1]) Durch die Ladung eines Streitgenossen ist der Gegner als auf Antrag aller Streitgenossen geladen anzusehen, ebenso sind die sämmtlichen von einem Einzelnen unter ihnen geladenen Streitgenossen als auf Antrag des Gegners geladen zu betrachten.[2]) Der Gegner kann also gegen den säumigen Streitgenossen ein Versäumungsurtheil beantragen, trotzdem dieser nicht von dem Gegner selbst, sondern von einem andern Streitgenossen geladen wurde, insofern überhaupt ein Versäumungsurtheil erlassen werden kann (§ 59).

Die Vorschrift des § 60 erstreckt sich durch den ganzen Prozeß, da das Gesetz keine Ausnahme macht und deshalb aus dem Schlußsatz des § 59 nicht gefolgert werden kann, daß diese Bestimmung im Art. 60 nicht zur Anwendung kommen dürfe. Auch die Motive zu § 58 (bezw. § 59) stehen nicht entgegen, sie sagen vielmehr, der gemeinsam begonnene Prozeß soll, so weit thunlich, bis zum Ende gemeinsam fortgesetzt werden und be-

---

[18]) Vergl. die Bemerk. zu § 60 a. E.

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 60.

[2]) Prot. z. nordd. E. S. 553.

ziehen sich bei Besprechung der Ladung der übrigen Streitgenossen sogar auf § 60. So oft ein Streitgenosse den Gegner zu einem Termine laden läßt, muß er die übrigen Streitgenossen laden lassen, auch wenn dieselben bei einem früheren Termine auf die Ladung ausgeblieben sind.[3])

Was die Folgen der unterlassenen Ladung sind, sagt die Civilprozeßordnung nicht; es treten daher die gewöhnlichen Folgen der unterlassenen Ladung ein. Einer Ladung der übrigen Streitgenossen bedarf es aber natürlich in den Fällen nicht, wo solche nicht nothwendig ist.[4])

Der § 60 läßt die Frage offen, ob er auch in den höheren Instanzen anzuwenden ist. Die Frage ist zu bejahen für den Fall, daß auch in den höheren Instanzen wirklich eine Streitgenossenschaft besteht, was, wenn nur ein Streitgenosse die Berufung ergreift und zur Verhandlung in der Berufungsinstanz den Gegner laden läßt, nicht der Fall ist.

Bei Berathung des § 60 wurde auch die Frage angeregt, ob, wenn von mehreren Streitgenossen der eine sich eingelassen hat, der andere aber nicht, der eine die ganzen Kosten zu tragen habe oder die übrigen beizusteuern hätten, und von einem Vertreter des Bundesraths dahin beantwortet, es sei dies quaestio facti, die nicht a priori entschieden werden könne, es werde darauf ankommen, ob die allgemeinen Grundsätze oder die Vorschriften des § 59 zur Anwendung zu kommen hätten.[5])

Dritter Titel.

Betheiligung Dritter am Rechtsstreite.

Der Titel handelt:

1) von der Hauptintervention §§ 61—64;
2) von der Nebenintervention §§ 62—68;

---

[3]) Prot. z. nordd. E. S. 1536.

[4]) Bes. Begr. d. E. zu § 58 a. E.

[5]) Prot. d. J.K. S. 25. Vergl. übrigens zu § 95 Abs. 3.

3) von der Streitverkündigung §§ 69—72;

4) von der Benennung des Auktors 73,

und faßt in dieser Weise die vom Gesetze anerkannten Fälle zusammen, in denen dritte Personen aus eigenem Rechte oder Interesse sich an dem anhängigen Prozesse neben den Hauptparteien betheiligen.

Eine Garantie- oder Rückklage und eine Beiladung dritter Personen zum Prozesse hat die Civilprozeßordnung nicht aufgenommen.[1])

§ 61.

Wer die Sache oder das Recht, worüber zwischen andern Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt, ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Rechtsstreits berechtigt, seinen Anspruch durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage bei demjenigen Gerichte geltend zu machen, vor welchem der Rechtsstreit in erster Instanz anhängig wurde.

„Die Sache oder das Recht". Wie auch an anderen Orten[2]) hat die Civilprozeßordnung Sachen den Rechten oder Forderungen gegenübergesetzt, gleichwohl sind letztere inbegriffen; die Motive bemerken hiezu: „Die Hauptintervention ist zulässig, wenn Jemand die Sache oder das Recht, worüber zwischen andern Personen ein Rechtsstreit anhängig gemacht worden ist, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt. Sie findet Anwendung auf Ansprüche, welche mittelst einer dinglichen Klage oder mittelst einer persönlichen Klage geltend zu machen sind, und ist nicht nur in Prozessen, in denen körperliche Sachen — species oder universitas — den Streitgegenstand bilden, sondern auch in Prozessen über Forderungen zulässig."[3]) Selbst Statusklagen können nicht

---

[1]) Bes. Begr. d. E. nach § 71, V, VI.

[2]) Vergl. S. 84.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 61, 62. Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs wurde bemerkt, daß die Worte „eine Sache oder ein Recht" vielleicht zu Mißverständnissen Anlaß geben könnten und es nur darauf ankomme, hervor-

ausgeschlossen werden. So muß man eine Hauptintervention gestatten, wenn eine Frauensperson auf Anerkennung einer mit A. eingegangenen, von diesem als ungültig bestrittenen Ehe klagt, während eine andere Frauensperson behauptet, daß sie die rechtmäßige Gattin des A. sei. Der Streitgegenstand ist in so fern identisch, als das Recht der einen Frauensperson durch das der andern ausgeschlossen wird. Das idem liegt hier eigentlich in der Person des Beklagten selbst, welche zu zwei andern in das gleiche Verhältniß treten soll, das nur einer gegenüber möglich ist. Als weiteres Beispiel mag dienen der Anspruch mehrerer Väter und Mütter auf dasselbe Kind — behufs Ausübung der väterlichen Gewalt oder als Grundlage für Alimentations- oder Erbansprüche — wenn die Identität durch Aussetzung, Zerstörung ganzer Ortschaften im Krieg, durch Erdbeben, Schiffsuntergang, Kindsraub u. dgl. zweifelhaft wurde.

Eine Beschränkung der Hauptintervention liegt lediglich in § 236 Abs. 2. Uebrigens ist es möglich, daß der Hauptintervenient, wenn die Voraussetzungen zur Interventionsklage nicht gegeben sind, sein rechtliches Interesse nach § 63 durch Beitritt als Nebenintervenient wahren kann.

Es ist auch gleichgültig, ob das Recht oder die Forderung, welche der Dritte für sich in Anspruch nimmt, im Wege der Klage, der Wiederklage oder der Erweiterung der Klage streitig geworden ist — die Art, wie dies geschah, äußert auf die Interventionsklage keinen Einfluß.

Die Hauptintervention verlangt Identität des Streitgegenstandes. Es ist daher eine Hauptintervention zulässig in dem Prozesse des Pfandgläubigers gegen den Eigenthümer des Pfandobjekts auf Anerkennung seines Pfandrechts, wenn ein Dritter behauptet, Eigenthümer der Sache zu sein, denn hier ist der Streitgegenstand derselbe. Das idem ist hier der Gegenstand,

---

zu heben, daß der Fall vorausgesetzt sei, wenn derselbe Gegenstand von einem Dritten in Anspruch genommen werde. Prot. z. nordd. E. S. 141. Da wäre doch wohl besser im Gesetze statt „Sache oder das Recht" gleich der Ausdruck „Klagegegenstand" oder „Streitgegenstand" gebraucht worden.

an welchem der Eine Pfand-, der Andere Eigenthumsrecht behauptet.[4]) Ebenso findet Hauptintervention statt bei einem Rechtsstreit über den Besitz einer Sache, die ein Dritter als Eigenthum in Anspruch nimmt, denn das Eigenthum begreift das Recht des Besitzes in sich.

Bei Berathung des hannover'schen Entwurfs war auch beantragt worden, statt der Worte des § 66 (der Vorlage) „einen beide Theile ausschließenden Anspruch" zu setzen „einen beide Theile oder einen derselben ausschließenden Anspruch."[5]) Der Antrag wurde aber abgelehnt. Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs kam man nicht darauf zurück. Da die Civilprozeßordnung überhaupt eine Bestimmung hierüber nicht enthält, sondern die Hauptintervention zulässig erklärt, sobald über eine Sache oder über ein Recht, das ein Dritter beansprucht, ein Prozeß zwischen Andern anhängig ist, kann es keinen Einfluß äußern, ob der Hauptintervenient durch seinen Anspruch die eine oder beide Parteien ausschließt. Die Motive zu §§ 63—67 sprechen zwar von Fällen, in denen der Intervenient einen die Rechte der Parteien des Hauptprozesses auf den Streitgegenstand ausschließenden Anspruch verfolgt,[6]) sind aber im Texte des Gesetzes nicht enthalten, stehen auch nicht entgegen. Es heißt nicht beiden Parteien und kann nur die eine oder die andere Partei gemeint sein.[7]) Daß der Entwurf nicht an ein beide Parteien ausschließendes Recht dachte, ergibt die Bemerkung in den Motiven: Demgemäß wird

---

[4]) Letztere können auch Erstere recht wohl ausschließen, wenn z. B. dem ursprünglich Beklagten wegen fehlenden Eigenthums die Fähigkeit der Constituirung eines Pfandes abging oder ein gesetzliches Pfandrecht nicht entstehen konnte. Bl. f. R.A. Bd. I S. 26, 34.

[5]) Prot. z. hann. E. S. 707—716.

[6]) Vergl. die Bemerkungen zu § 63.

[7]) Als solches Beispiel wurde bei Berathung des hann. Entwurfs angeführt: A. klagt gegen B. mit der actio depositi auf Herausgabe einer Sache; B. gibt zu, daß die Sache ein Depositum sei, bestreitet aber, daß A. der Deponent oder der zur Zurückforderung legitimirte Kläger sei, und nun tritt C. mit der Behauptung auf, daß ihm die deponirte Sache zurückzugeben sei; hier schließt der Anspruch des C. nur den Anspruch des A. aus. Prot. z. hann. E. S. 712.

in Anschluß an das gemeine Prozeßrecht dem Hauptintervenienten, welcher nach allgemeinen Grundsätzen nur gegen eine der streitenden Parteien zur Erhebung der Klage berechtigt ist, die Befugniß eingeräumt, seinen Anspruch auf den Streitgegenstand gegen beide Parteien als Streitgenossen geltend zu machen.[8]) Uebrigens lassen sich Fälle denken, bei denen die Möglichkeit, daß beide Parteien als die rechten Beklagten sich darstellen, nicht ausgeschlossen ist.[9])

Die Motive zu § 61—62 erklären, wie angeführt, die Hauptintervention ausdrücklich bei Prozessen über Forderungen zulässig, und der württembergische Commissionsbericht zu dem gleichen § 89 der württemberger Civilprozeßordnung hebt noch deutlicher „eine Geldschuld oder eine Leistung (facere)" hervor.[10])

Die Hauptintervention ist zulässig, wenn A. gegen B. auf Zurückzahlung eines Darlehens klagt, das dieser negirt, und C. mit der Behauptung auftritt, daß A. ihm die Forderung cedirt habe.

„zwischen andern Personen" ist gleichbedeutend mit anderen Parteien. Das Gesetz sagt selbst „gegen beide Parteien gerichtete Klage". Auch bei Rechtsstreitigkeiten zwischen juristischen Personen ist eine Hauptintervention zulässig.

„anhängig geworden ist" will sagen, wenn eine Sache rechtshängig geworden ist, wie beide Ausdrücke öfter von der Prozeßordnung als gleichbedeutend gebraucht werden.[11]) Anhängig ist ein Rechtsstreit mit Zustellung der Klage oder eines Zahlungsbefehls, §§ 230, 235, 633,[12]) sobald diese erfolgt sind, also auch bevor die Parteien zur mündlichen Verhandlung erschienen

---

[8]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 61, 62 Abs. 2.

[9]) Bayer. Vortr. zu Martins Lehrb. (§ 303 ff.) S. 47.

[10]) Württemb. Comm. B. S. 68.

[11]) Vergl. z. B. § 235 mit § 237 „Rechtshängigkeit der Streitsache" und „ein Rechtsstreit anhängig".

[12]) Nicht aber mit Erlassung eines Arrestbefehls oder einstweiliger Verfügungen; vgl. §§ 806 mit 815, 816 und oben S. 7—8. § 690 ist auf diese Fälle nicht anwendbar, sondern bezieht sich auf die beginnende Zwangsvollstreckung im Falle der §§ 769 ff. (716 ff. d. E.) Bes. Begr. zu § 639. Das nach § 61 zuständige Gericht ist je nach § 636 oder § 637 das Amts- oder Landgericht. Vergl. auch Wernz Bd. I S. 95 Nr. 3 Abs. 3.

sind, kann der Hauptintervenient selbst klagen und dadurch möglicherweise jede Verhandlung zwischen den urspruchlichen Parteien beseitigt werden, wenn nämlich der Hauptprozeß auf Grund des § 62 sistirt wird und der Hauptintervenient den Prozeß gegen beide Parteien gewinnt.[13])

„ganz oder theilweise". Diese Worte, die sich schon im preußischen Entwurf § 713 fanden, wurden bei Berathung des hannover'schen Entwurfs der Vorlage beigesetzt, um hierüber jeden Zweifel zu beseitigen, daß die Hauptintervention nicht blos dann zulässig sei, wenn der behauptete Anspruch die Ansprüche der streitenden Theile vollständig ausschließe, sondern auch dann, wenn der Intervenient nur einen Theil des Streitobjekts beanspruche. Identität des Streitgegenstandes ist Voraussetzung der Hauptintervention. Das ist aber auch der Fall, wenn nach gestellter Theilungsklage der Hauptintervenient auch nur einen Theil beansprucht, ebenso gut als wenn er das Ganze verlangt. Es wurde übrigens schon bei Berathung des hannover'schen Entwurfs anerkannt, daß sich dies von selbst verstehe.[14])

Als weitere Beispiele sind anzuführen, wenn zwei Personen über das Eigenthum einer Sache einen Prozeß führen, während ein Dritter das Miteigenthum beansprucht, oder wenn ein Intestaterbe und ein Testamentserbe, der die Nachlaßmasse in Händen hat, über die Gültigkeit des Testaments in Streit gerathen, der Intestaterbe die Herausgabe der Nachlaßmasse verlangt, ein Dritter aber einen Theil derselben als Geschenk des Erblassers in Anspruch nimmt u. dgl.

Die Bestimmung „ganz oder theilweise" ist übrigens ohne Einfluß auf die sachliche Zuständigkeit. Wenn der Rechtsstreit eine Forderung von 600 ℳ. betrifft und der Hauptintervenient beansprucht hiervon nur einen Theil von 50 ℳ. für sich, bleibt gleichwohl das Landgericht für die Interventionsklage zuständig und hat der Anwaltsprozeß stattzufinden.

---

[13]) Die Kosten des sistirten Prozesses in diesem Falle muß aber jede der früheren Parteien im Hauptprozesse so weit tragen, als sie solche veranlaßte. § 87 ist ebenso wenig anwendbar als § 243.

[14]) Prot. z. hann. E. S. 718.

„für sich in Anspruch nimmt". Darin liegt der Unterschied von der Nebenintervention. Es ist demnach keine Hauptintervention, wenn der Miteigenthümer einer theilbaren Sache dem andern Miteigenthümer in dem Vindikationsstreite beitritt, wenngleich das eigene Recht des Beitretenden von dieser Herausgabe bedingt ist, sondern eine nach §§ 66, 58 zu beurtheilende Nebenintervention.

„bis zur rechtskräftigen Entscheidung". Wie der Zeitpunkt für die Zulässigkeit der Interventionsklage im Gesetze bestimmt ist, so wird auch das Ende der Zulässigkeit fixirt. Die Motive bemerken hiezu: „Die Zulässigkeit der Hauptintervention beschränkt der preußische Entwurf auf die Dauer der ersten Instanz und gewährt § 718, im Falle der Prozeß in höherer Instanz anhängig ist, nur eine „unächte" Intervention in dem für diese Klage an sich zuständigen Gerichtsstande. Dagegen erklären der hannov. Entw. § 57, der nordd. Entw. § 96 und Württemberg Art. 91 die Hauptintervention so lange für zulässig, als der Hauptprozeß noch nicht völlig erledigt ist, also auch im Vollstreckungsverfahren. Der Entwurf geht übereinstimmend mit Hannover §§ 35, 583 und der preuß. A.G.O. I. 18, § 5 I. 24, § 75 ff., auch Bayern Art. 66 bezw. 870, 874, 1021, 1105, einen mittleren Weg, indem er die Hauptintervention mit den Wirkungen der §§ 61, 62 nur bis zur rechtskräftigen Entscheidung[15]) des Rechtsstreits gestattet; denn mit diesem Zeitpunkte erlischt die Anhängigkeit des Hauptprozesses und kann daher eine Betheiligung des Hauptintervenienten an dem Hauptprozesse, bezw. eine Einwirkung des Interventionsprozesses auf den Hauptprozeß nicht mehr stattfinden. Es fehlt an der charakteristischen Coincidenz der Prozesse. Dagegen bleibt trotz der rechtskräftigen Entscheidung das etwaige Recht des Dritten, welcher die Hauptintervention unterließ, an dem Streitgegenstande des entschiedenen Hauptprozesses bestehen und es ist derselbe aus diesem Grunde befugt, falls das rechtskräftige Urtheil des Hauptprozesses zur Vollstreckung gebracht wird, auf dem in

[15]) Siehe S. 100. Wird die rechtskräftige Entscheidung durch Nichtigkeits- oder Restitutionsklage wieder aufgehoben, so ist, vorausgesetzt, daß der Rechtsstreit dabei anhängig bleibt, die Hauptintervention immer noch zulässig.

§ 690 (639 des Entw.) angegebenen Wege seine Rechte in Betreff des Exekutionsobjekts geltend zu machen.[16]) Hiernach ist die Hauptintervention auch zulässig, wenn der Rechtsstreit in der höchsten Instanz anhängig ist; es macht keinen Unterschied, wenn der Grund der Devolvirung zur höchsten Instanz in der Verwerfung oder Zulassung der Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts liegt und das Gericht bleibt für die erhobene Interventionsklage selbst dann zuständig, wenn die Unzuständigkeit des Gerichts für den Hauptprozeß ausgesprochen wird. Der Hauptintervenient ist, sowie die Hauptklage erhoben (§ 235), seinerseits zur Interventionsklage berechtigt und dieses Recht wird durch das Schicksal der Hauptklage nicht alterirt.

„gegen beide Parteien gerichtete Klage". Das Gesetz gibt über die prozessualische Behandlung dieser Klage außer der Bestimmung des § 78, daß die Vollmacht für den Hauptprozeß die Vollmacht für eine Hauptintervention umfaßt, keine besonderen Vorschriften.[17]) Die Interventionsklage ist daher wie jede andere Klage zu behandeln; namentlich ist die Zulässigkeit der Hauptintervention nicht von der Bescheinigung des Anspruchs abhängig gemacht.[18]) Die Parteien des Hauptprozesses erscheinen hiebei als Streitgenossen, nur tritt in so fern eine Ausnahme von den für Streitgenossen geltenden Grundsätzen ein, als sich dieselben, auch wenn sie in verschiedenen Gerichtssprengeln ihren Wohnsitz haben, dem Gerichte des Hauptprozesses unterwerfen müssen, ohne daß eine Bestimmung des zuständigen Gerichts (§ 36 Ziff. 3) eintritt.

„berechtigt — bei demjenigen Gericht geltend zu machen".[19]) Der Hauptintervenient ist nicht verpflichtet, dies zu thun; er kann bei einem andern Gerichte als dem des Hauptprozesses klagen.[20])

---

[16]) Bes. Begr. d. E. zu § 61, 62. Siehe indessen vorstehende Anm.

[17]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 61, 62.

[18]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[19]) Ob dieses Gericht das an und für sich zuständige für den Hauptprozeß ist oder durch Prorogation zuständig wurde, ist ohne Einfluß.

[20]) Dann kann man aber nicht von einem eigentlichen Interventionsprozesse reden. Vergl. die Bemerk. zu § 62: Ein Interventionsprozeß u. s. w.

Besteht aber die eine oder andere Partei im Hauptprozesse schon aus Streitgenossen aus verschiedenen Gerichtsbezirken, oder haben diese Parteien selbst wieder verschiedene Gerichtsstände, so kann eine Feststellung des zuständigen Gerichts, wenn der Hauptintervenient nicht am Gerichte des Hauptprozesses klagen will, nach § 36 Ziff. 3 nicht erfolgen, da für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand besteht.[21]) Es kann auch keinem Bedenken unterliegen, daß, wenn von dem Gerichtsstande des § 61 kein Gebrauch gemacht werden will, die Klage des Dritten nur gegen die eine der streitenden Parteien gerichtet werden kann, welche, ganz abgesehen von dem Hauptprozesse, als passiv legitimirt erscheint. In diesem neuen Prozesse kann dann die andere Partei auf Seite des neuen Klägers oder der andern Partei, je nach Umständen, als Nebenintervenient auftreten, auch kann eine Streitverkündigung an dieselbe stattfinden, der neue Rechtsstreit hat mit dem vorher bestandenen nichts gemein.

§ 108 des G.V.G. bestimmt: „**Bei der Kammer für Handelssachen kann ein Anspruch in Gemäßheit des § 61 der Civilprozeßordnung nur dann geltend gemacht werden, wenn der Rechtsstreit nach den Bestimmungen des § 101**[22]) **vor die Kammer für Handelssachen gehört.**" Damit soll ausgesprochen werden, daß eine Hauptintervention bei der Kammer für Handelssachen nur dann zulässig ist, wenn die Interventionsklage als solche vor die Kammer für Handelssachen gehört,[23]) unter Rechtsstreit ist nur der Interventionsprozeß zu verstehen, nicht der Hauptprozeß. Absicht des Gesetzes ist, die Verhandlungen vor der Kammer für

---

[21]) Dadurch wird der Gerichtsstand des § 61 für die Hauptintervention ein ausschließlicher. Daß die Parteien des Hauptprozesses, ohne auf § 36 Nr. 3 rekurriren zu müssen, bei einem andern Gerichte als Streitgenossen verklagt werden können, ist vielfach möglich, z. B. wenn der Hauptprozeß bei dem besonderen Gerichtsstande der §§ 28 oder 29 angestellt worden ist, die Klage des Dritten aber bei dem den Parteien gemeinsamen Domizilsgerichte erhoben wird, oder, wenn der Dritte nur einen Theil des Streitgegenstands beansprucht und hiedurch statt des Landgerichts, wo der Hauptprozeß anhängig ist, nach G.V.G. § 23 Ziff. 1 das Amtsgericht als Domizilsgericht beider Parteien zuständig wird.

[22]) Siehe S. 43.

[23]) Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 533.

Handelssachen auf die Klagen des § 101 zu beschränken, und hierin auch keine Erweiterung unter der Firma der Widerklage, Feststellungsklage, Interventionsklage zu dulden. Die Hauptintervention ist demnach immer bei der Kammer für Handelssachen ausgeschlossen, wenn dort ein Rechtsstreit anhängig ist, dessen Gegenstand nicht unter § 101 des G.V.G. fällt. Es muß diese Bestimmung selbst dann zur Anwendung kommen, wenn die Kammer für Handelssachen mittelbar[24]) durch Prorogation für den Hauptprozeß zuständig geworden ist. Dagegen kann nicht ausgeschlossen sein, daß der Hauptintervenient in der Klagschrift nach § 102 des G.V.G. die Verhandlung des Interventionsprozesses bei der Kammer für Handelssachen beantragt, die Parteien im Hauptprozesse damit einverstanden sind und die Kammer für Handelssachen, ohne von dem ihr nach § 103 Abs. 2 eingeräumten Rechte Gebrauch zu machen, die Verhandlung zuläßt.

Die Erhebung der Interventionsklage gegen beide Parteien des Hauptprozesses gewährt dem Hauptintervenienten aber im Falle des Obsiegens ein gegen beide Theile wirksames und je nach dem Gegenstande des Rechtsstreites auch gegen beide Theile vollstreckbares Urtheil,[25]) und darin liegt ein Hauptvortheil der Interventionsklage.

Der Hauptintervenient ist Partei und hat wie jede Partei das Recht der Ablehnung des Richters. Ist ein Amtsgericht für die Interventionsklage zuständig, so wird allerdings durch die Ablehnung das Prinzip des § 61 aufgehoben und es kann der Fall eintreten, daß ohne die Voraussetzung des § 36 Ziff. 3 ein Gericht für Streitgenossen, die in verschiedenen Gerichtsbezirken wohnen, bestimmt werden muß, ebenso wenn durch Ausübung des Ablehnungsrechts ein Kollegialgericht nicht mehr beschlußfähig ist.[26]) Es erübrigt noch eine Bemerkung, welchen Einfluß es äußert, wenn der im Hauptprozesse Beklagte oder der Kläger im Haupt-

---

[24]) D. h. wenn bei einem örtlich unzuständigen Landgerichte eine Klage mit dem Antrage auf Verhandlung bei der Kammer für Handelssachen nach G.V.G. § 102 eingereicht wurde. Vergl. S. 235.

[25]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[26]) S. 228. Es geschieht aber doch nur auf Grund des § 36 Ziff. 1.

prozesse das Recht des Hauptintervenienten anerkennt, wenn in dem in Anmerkung 7 angeführten Beispiele B. das Depositum einräumt, aber behauptet, daß C. der Deponent und nur der zur Zurückforderung legitimirte Kläger sei und dieser tritt als Hauptintervenient auf. Ist der im Hauptprozesse Beklagte als Besitzer einer Sache belangt, wird hier die Hauptintervention durch Anwendung des § 73 vermieden werden können. Andernfalls sind die Parteien des Hauptprozesses als Streitgenossen zu betrachten und die Grundsätze über die Folgen des Geständnisses des einen Streitgenossen gegenüber dem andern in Anwendung zu bringen.[27]) Die Civilprozeßordnung enthält keine Bestimmung, wie zu verfahren, wenn der im Hauptprozesse Beklagte das Recht des Hauptintervenienten anerkennt, abgesehen von den besonderen Bestimmungen der §§ 72 und 73.[28]) Da der im Hauptprozesse Beklagte als Doppelbeklagter erscheint und weil er nur das bessere Recht des Interventionsklägers anerkennt, nicht aus dem Prozesse ausscheiden kann,[29]) darf, selbst wenn eine Forderung den Streitgegenstand bildet und dem Dritten von dem Beklagten nicht der Streit verkündet wurde, der im Hauptprozesse Beklagte nicht aus dem Interventionsprozesse entlassen werden.[30]) Erkennt der Kläger im Hauptprozesse das Recht des Hauptintervenienten an, so muß gleichwohl auch er im Interventionsprozesse verbleiben, weil der Beklagte im Hauptprozesse durch die Anerkennung des Rechts des Hauptintervenienten nicht liberirt wird.

Die Hauptintervention besteht in einer gegen beide Parteien gerichteten Klage. Den geständigen Streitgenossen, als welcher der Beklagte im Hauptprozesse nunmehr erscheint, schützen die

---

[27]) S. 314.

[28]) Solche Bestimmungen enthält § 95 der württemb. C.P.O.

[29]) Württemb. Comm.-B. S. 72.

[30]) A. M. Puchelt, C.P.O. S. 280 Nr. 5, weil im Falle des § 72, wenn der Dritte schon als Hauptintervenient oder Nebenintervenient intervenirt sei, die Streitverkündigung nur eine Formalität sei. Das Gesetz verlangt aber eine solche, und setzt gerade hiernach voraus, daß der Schuldner nicht schon von mehreren Seiten wegen derselben Forderung belangt ist. Vergl. zu § 72 unter den Motiven: Uebrigens bedeuten die Worte ff.

§§ 89 und 95 Abs. 2 gegen Kosten. Die Bestimmung des § 72 enthält ein tief in das materielle Recht eingreifendes Prinzip, ihre analoge Anwendung auf die Hauptintervention ist unzulässig. Der Hauptintervenient kann nach §§ 796 ff. zur Sicherung seines Anspruchs einen Arrest auf den Streitgegenstand erwirken.[31])

§ 62.

Der Hauptprozeß kann auf Antrag einer Partei bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptintervention ausgesetzt werden.

„auf Antrag". Der hannover'sche Entwurf hat in § 58 den Zusatz „oder von Amtswegen", der norddeutsche Entwurf erklärt in § 97 nur, daß die Anordnung der Aussetzung zulässig sei. Gleichwohl hat die Civilprozeßordnung durch Hinweglassen solcher Bestimmungen dem Gerichte die Hand nicht gebunden und eine Ausnahme von dem in § 139 aufgestellten Grundsatze nicht getroffen. Die Motive bemerken hierüber: Der Hauptintervenient kann nach § 62 die Aussetzung des Hauptprozesses bis zur Entscheidung über die Hauptintervention beantragen. Ein solcher Antrag steht beiden Parteien zu, auch kann nach § 139 (133 des Entwurfs) das Gericht die Aussetzung des Hauptprozesses von Amtswegen anordnen. Umgekehrt kann das Gericht, dem allgemeinen Grundsatze des § 138 entsprechend, die Verbindung des Haupt- und Interventionsprozesses behufs gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung anordnen, wenn beide Prozesse sich in derselben Instanz befinden.[1])

„einer Partei". Hierunter werden nach dem Bemerkten die Parteien des Interventionsprozesses begriffen, der Hauptintervenient und die bisherigen Parteien des Hauptprozesses. Es wurde also einem Dritten, den der bisherige Prozeß als Partei nichts angeht, das Recht eingeräumt, die Aussetzung dieses Prozesses zu beantragen. Auch die einzelne Partei könnte ohne den

---

[31]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 61, 62. Ueber „Antrag" vergl. die Bemerk. zu § 225.

§ 62 keinen Antrag auf Aussetzung des Prozesses stellen, da der Fall des § 62 nicht unter den fünften Titel (§§ 217 ff.) zu subsumiren ist, mit Ausnahme der Bestimmungen des § 228, dessen Anwendung auf den Interventionsprozeß nicht wohl zu bestreiten ist. Das Gesetz gestattet also hier den Parteien einen sonst nicht zulässigen Antrag.

„bis zur rechtskräftigen Entscheidung". In § 139 wird von „der Erledigung des andern Rechtsstreits" gesprochen. Auch hier hört die Aussetzung auf, wenn der Interventionsstreit durch Verzicht, Vergleich u. s. w. erledigt wird.

Kann das Gericht des Hauptprozesses diesen auch dann aussetzen, wenn die Parteien desselben bei einem anderen Gerichte auf Grund des § 61 belangt sind?

Ein Interventionsprozeß im Sinne des § 62 ist nur dann anzunehmen, wenn der Dritte die beiden Parteien des Hauptprozesses als solche vor dem Forum der Hauptsache verklagt. Allerdings sprechen die Motive zu § 61 von einem Gestattetsein, die Klage beim Gerichte des Hauptprozesses zu erheben, allein die Bestimmung des § 61 ist ihrem Wortlaute nach eine einzige. Wie zu § 61 erwähnt, kann der Dritte außerdem sein Recht gegen den nach dem unterliegenden Rechtsverhältnisse ad causam passiv Legitimirten verfolgen. Sind dies zufällig die beiden Parteien, so sind sie aus dem Gesichtspunkte von Streitgenossen bei dem zuständigen Gerichte zu belangen. Dieser Rechtsstreit ist aber kein Interventionsprozeß, § 62 scheidet für diesen Fall aus; dagegen kann auch hier das Gericht des Hauptprozesses von § 139 Gebrauch machen, und die Parteien des Hauptprozesses können nicht nur hier, sondern auch im Falle einer wirklichen Interventionsklage nach § 228 ohne und selbst gegen den Willen des Hauptintervenienten die Aussetzung des Verfahrens bewirken, während dem Dritten nur für den wirklichen Interventionsprozeß ein Antrag auf Aussetzung des Hauptprozesses zusteht.

§ 63.

Wer ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreite die eine

Partei obsiege, kann dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten.

Die Nebenintervention kann in jeder Lage des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Entscheidung desselben, auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen.

Absatz 2 gebraucht den Ausdruck „Nebenintervention“, nachdem in Absatz 1 festgestellt ist, was unter solcher zu verstehen. Der Nebenintervention gehören im Gegensatze zur Hauptintervention die Fälle an, in denen der Intervenient nicht einen die Rechte der Parteien des Hauptprozesses auf den Streitgegenstand ausschließenden Anspruch verfolgt, sondern nur besorgt, daß die Entscheidung des Hauptprozesses auf eigene Rechte nachtheilig einwirken könne und in denen er sich daher auf die Seite der einen Hauptpartei stellt, um ihr in dem anhängigen Prozesse zu einem obsieglichen Urtheile zu verhelfen.[1] Also der Zweck ist wesentlich unterscheidendes Merkmal zwischen Hauptintervention und Nebenintervention. Eine s. g. gemischte Intervention ist dem System der Civilprozeßordnung fremd.

„ein rechtliches Interesse“. Dieser Ausdruck wird vom Gesetze öfter gebraucht. Wie erwähnt, sprechen die Motive von der Besorgniß, daß die Entscheidung des Hauptprozesses auf e i g e n e R e c h t e nachtheilig wirken könne, fügen dann aber bei: „Ob der Fall eines solchen rechtlichen Interesses vorliegt, entscheidet das bürgerliche Recht.“

Im Allgemeinen werden sich die Fälle auf das reduziren, was der hannover'sche Entwurf in § 60 als Voraussetzung der Zulässigkeit der Nebenintervention angibt,[2] die Abhängkeit eines Rechts von dem Siege einer Partei oder Gefährdung des Rechts bei dem Unterliegen desselben und in diesem Falle auch die Be-

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 63.

[2]) Bei Berathung des dem § 63 gleichlautenden § 100 des norddeutschen Entwurfs wurde bemerkt: Der technische Ausdruck „rechtliches Interesse“ sei bezeichnender und umfassender als die Umschreibung des § 60 des hann. Entwurfs. Dessen Voraussetzungen durch Anführung von „insbesondere“ als Beispiele wiederzugeben, wurde abgelehnt. Prot. z. nordd. E. S. 146.

fürchtung einer Entschädigungs- oder Gewährleistungsklage. Als Beispiele werden angeführt,[3]) wenn der Intestaterbe mit dem Testamentserben über die Gültigkeit des Testaments streitet und die Rechte des Legatars durch den Sieg des Beklagten bedingt sind, wenn ein Miteigenthümer eines Grundstücks die actio confessoria auf Anerkennung einer Servitut anstelle und ein anderer Miteigenthümer unterstützt ihn, wenn der Verkäufer vor der Tradition an den Käufer mit der rei vindicatio von einem Dritten belangt wird, so daß das Recht des Käufers von dem Siege des Verkäufers abhängt.[4]) Es kann übrigens keinen Unterschied machen, ob das rechtliche Interesse schon bei Beginn des Prozesses vorhanden war, oder erst im Laufe desselben entstanden ist.[5])

In allen diesen Fällen hat der Nebenintervenient ein Recht zum Eintritt in den Prozeß, selbst gegen den Willen der von ihm unterstützten Partei.

Die Motive zu § 63 rechtfertigen die weitgehende Berechtigung zur Nebenintervention durch die Bezugnahme auf Code civil Art. 1166, wonach die Gläubiger alle Rechte und Klagen ihres Schuldners geltend machen können, diejenigen ausgenommen, die ausschließlich auf dessen Person beschränkt sind. Bei Berathung des gleichlautenden § 100 des norddeutschen Entwurfs wurde auch auf die Art. 2092 ff. des Code civil hingewiesen. Nach Art. 2093 ist aber das Vermögen des Schuldners das gemeinschaftliche Unterpfand seiner Gläubiger, es würden daher auch die Bestimmungen des Code civil durch die Fassung des hannover'schen Entwurfs gedeckt worden sein. Der Gläubiger, der im Interesse seines Schuldners intervenirt, schützt hiedurch nur sein Unterpfandsrecht am Vermögen des Schuldners.

Das Interesse muß übrigens ein rechtliches Interesse sein, es muß sich um Gefährdung oder Förderung eines wirklich be-

---

[3]) Das gemeine Recht anerkennt ein solches rechtliches Interesse in dem vom hannover'schen Entwurf § 60 angeführten Beispielen.

[4]) Prot. z. hann. E. S. 763, 775, 779.

[5]) Seuffert, Archiv Bd. XV Nr. 161.

stehenden Rechts handeln, ein blos faktischer Vortheil oder Nachtheil berechtigt zur Nebenintervention nicht. Der präsumtive Intestaterbe eines Andern hat ein thatsächliches Interesse am Gewinn der Prozesse seines Erblassers, da aber die Erbschaft für ihn nur eine Hoffnung und kein Recht ist, steht ihm auch keine Interventionsbefugniß zu.[6])

„zum Zwecke der Unterstützung" tritt der Nebenintervenient dem Prozesse bei, wodurch nicht ausgeschlossen wird, daß er im Laufe des Prozesses die Rolle ändert (§ 64).

„in jeder Lage des Rechtsstreits". Während die Hauptintervention in der I. Instanz anzubringen ist, muß der Nebenintervenient da eintreten, wo sich gerade der Rechtsstreit befindet, er kann aber den Zeitpunkt seines Eintritts in den Prozeß bis zu dessen rechtskräftiger Entscheidung frei wählen. Die Nebenintervention kann auch innerhalb der Rechtsmittelfrist in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen. Hiebei versteht sich von selbst, daß wie auch bei Erhebung des Einspruchs nach den §§ 305, 479, 515, 645 der betreffende Schriftsatz innerhalb der Nothfrist zur Vermeidung des Eintritts der Rechtskraft zugestellt werden muß. Die Vorschriften über die Form des Beitritts des Nebenintervenienten sind in § 67 enthalten.

§ 64.

Der Nebenintervenient muß den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in welcher sich dieser zur Zeit seines Beitritts befindet; er ist berechtigt, Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen, insoweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen.

„zur Zeit seines Beitritts". „Da der Nebenintervenient in den Prozeß nur zur Unterstützung der Hauptpartei eintritt, so

---

6) Schmitt Bd. I S. 361.

bleibt die letztere das eigentliche Prozeßsubjekt, während der Intervenient lediglich ihren Zwecken dient. Hieraus folgt, daß der Nebenintervenient den Prozeß in der Lage annehmen muß, in welcher sich derselbe zur Zeit seines Beitritts befindet."[1])

Der Nebenintervenient kann also beispielsweise, wenn er dem Beklagten erst nach der Verhandlung zur Hauptsache beitritt, prozeßhindernde Einreden, solche ausgenommen, auf welche der Beklagte nicht verzichten konnte, nicht mehr vorbringen.

Im Anwaltsprozesse erfolgt der Beitritt durch Zustellung eines Schriftsatzes an beide Parteien (§ 67), im Parteiprozesse kann derselbe vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden, und hat dieser primär für die Zustellung zu sorgen. Es entsteht nun die Frage, ist in jedem Falle der Beitritt und damit die Berechtigung zur Vornahme von Prozeßhandlungen (z. B. Einlegung eines Rechtsmittels) erst mit Zustellung an beide Prozeßparteien erfolgt, oder genügt in letzterem Falle schon die Erklärung vor dem Gerichtsschreiber? Der Intervent wie die Gegenpartei müssen sich keine Einmischung gefallen lassen, so lange der Intervenient nicht legitimirt ist, — eine solche Legitimation könnte ausbleiben — und kann demnach jede Handlung und Erklärung des Intervenienten erst dann von Wirkung sein, wenn sie nach erfolgter Mittheilung des Beitritts an beide Parteien stattfindet. Nicht nur das Gericht, auch die Partei muß den Beitritt kennen.

„er ist berechtigt". Im preußischen Entwurf § 720 und norddeutschen Entwurf § 101 findet sich der Zusatz „für die Partei, welcher er beitritt" dessen Streichung bei Berathung des norddeutschen Entwurfs vergeblich beantragt wurde,[2]) weil man annahm, daß der assistirende Intervenient gewissermaßen als Vertreter der betreffenden Hauptpartei handle. Durch die Streichung dieses Zusatzes hat die Civilprozeßordnung deutlich dokumentirt, daß sie diese Ansicht nicht theilt, materiell — sagen die Motive — ist seine Stellung diejenige eines Beistandes

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 64.

[2]) Prot. z. nordd. E. S. 150.

der Hauptpartei, neben welcher er im Prozesse handeln darf (causae adesse).[3])

Zum Beitritt ist der Intervenient unter der nothwendigen Voraussetzung selbst gegen den Willen des Interventen und der Gegenpartei (§ 68) berechtigt, er ist berechtigt, nach seiner Wahl Angriffs- und Vertheidigungsmittel[4]) geltend zu machen und alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen, er kann auch, da er auf gleicher Stufe steht, wie der Litisdenunciat, dritten Personen den Streit verkünden (§ 69 Abs. 2). Diese Bestimmung über die Berechtigung des Nebenintervenienten hat aber ihre Grenzen. Der § sagt „insoweit nicht seine Handlungen und Erklärungen mit Handlungen und Erklärungen der Hauptpartei im Widerspruch stehen." Die Genehmigung der Partei zur Vornahme einer Handlung des Intervenienten ist allerdings nicht erforderlich — so wenig die Partei unter Controle des Nebenintervenienten steht, so wenig ist dieß umgekehrt der Fall[5]) — aber er darf nicht nur nicht gegen den Willen der Partei, sondern auch nicht gegen das Interesse derselben handeln.[6]) Der Intervenient ist, wie erwähnt, nicht Vertreter der Partei, sondern hat in Ansehung des Prozeßbetriebs die Stellung des Streitgenossen;[7]) deßhalb ist ein von dem Intervenienten abgeschlossener Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand, Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs, Anerkennung einer Urkunde u. dgl. ohne Wirkung für die Partei, wenn sie diese Handlungen nicht nachträglich ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt. Er kann durch sein Erscheinen ein Kontumazialurtheil gegen die ausgebliebene Partei nicht hindern, denn, wie erwähnt,

---

[3]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[4]) Hieher gehört auch Widerklage, § 251. Vgl. übrigens Bemerk. zu diesem.

[5]) Prot. z. hann. E. S. 757, 762 ff., 769.

[6]) Prot. z. hann. E. S. 780, 1310. Der § 64 sagt freilich hievon nichts, aber es versteht sich von selbst.

[7]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.; er ist ihr aber in so fern untergeordnet, als die Partei alle Erklärungen und Handlungen des Intervenienten zurücknehmen kann, aber nicht umgekehrt der Intervenient Handlungen und Erklärungen des Interventen.

vertritt er die Partei nicht, ist weder gesetzlicher Vertreter noch Prozeßbevollmächtigter, sondern nur Beistand, er handelt neben der Partei mit dieser.[8]) Dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß das Gericht auf die Erklärungen des Nebenintervenienten bei einer Beweisführung u. dgl. dieselbe Rücksicht nimmt, wie auf die Erklärungen eines Streitgenossen gegenüber den Erklärungen anderer (§ 259).

Die Regel des § 54 gilt auch für die vom Nebenintervenienten eingelegten Rechtsmittel, welche daher gegenüber dem Verzichte oder der Zurücknahme der Hauptpartei unwirksam sind. Auf demselben Prinzipe beruht auch die Vorschrift des § 414, daß die Zuschiebung oder Zurückschiebung eines Eides an einen Nebenintervenienten nur in dem Falle zulässig ist, wenn er ausnahmsweise (§ 66) als Streitgenosse der Hauptpartei gilt — und nach demselben Grundsatze ist die Vorschrift über die durch die Nebenintervention entstehenden Prozeßkosten in § 96 geregelt. Selbstverständlich ist es, daß der Nebenintervenient mit Einwilligung aller Theile[9]) statt desjenigen, dem er beitritt, den Prozeß allein übernehmen und ohne dessen fernere Theilnahme fortsetzen kann.[10]) Ohne Einwilligung des Gegners kann dagegen die Uebernahme des Prozesses durch den Nebenintervenienten an Stelle der ausscheidenden Hauptpartei nicht erfolgen. Eine solche Befugniß würde die Prozeßstellung des Gegners beeinträchtigen,

---

[8]) Vergl. auch § 86.

[9]) Von einem Conventionalprozesse ist deßhalb keine Rede, das Verfahren bleibt dasselbe, nur die eine Partei wird durch eine andere ersetzt.

[10]) Bes. Begr. d. E. zu § 64. § 60 des hannovrischen Entwurfs, und Art. 98 der württemberger C.P.O. auf deren Uebereinstimmung sich die Motive zu § 64 Abs. 1 ausdrücklich beziehen, haben vorsichtig eine deßfallsige Bestimmung aufgenommen, obgleich schon bei Berathung des hannoverischen Entwurfs — Prot. z. hann. E. S. 794, 795 — eine solche Bestimmung für überflüssig erklärt wurde. Aus gleichem Grunde wurde sie auch in den gleichen § 101 des nordd. Entwurfs nicht aufgenommen. Prot. z. nordd. E. S. 147, 149, 158. Vergl. auch Prot. d. J.K. S. 25 und die Bemerk. zu §§ 236, 237. — Bei vollständiger Uebernahme des Prozesses durch den Nebenintervenienten wird derselbe aber auch in seinem Namen fortgeführt und ein Urtheil auf ihn als Partei lautend erlassen.

wenn ihm z. B. eine zahlungsunfähige Person für den ausscheidendenden Gegner gegenüber gestellt würde.[11]) Ebenso wenig darf der Nebenintervenient gegen den Willen des Gegners als Hauptpartei neben der Prozeßpartei, der er assistirte, in den Prozeß eintreten.

Sowohl bei Berathung des hannover'schen Entwurfs[12]) als des norddeutschen Entwurfs[13]) beschäftigte man sich ausführlich mit diesen Fragen. Es wurde bemerkt, wolle man den Eintritt eines Intervenienten als Hauptpartei ohne den Willen der Gegenpartei, so müsse die ursprüngliche Hauptpartei sachlich als Prozeßführer ausscheiden, wenngleich sie vielleicht formell als bleibend gedacht und das ergehende Urtheil für sie bindend gemacht werden könne.[14]) Dagegen läßt sich im Allgemeinen nichts erinnern. Die Partei kann den Nebenintervenienten vollständig für sich handeln lassen, aber nur innerhalb der ihm zustehenden Befugnisse; der Nebenintervenient ist also z. B. an die Bestimmungen der §§ 414, 66 immer gebunden, er muß ein Rechtsmittel innerhalb der der Partei zustehenden Nothfrist einlegen u. dgl.[15]) In allen diesen Fällen bleibt die assistirte Partei der Prozeßgegner der andern und gerichtliche Entscheidungen, Ladungen u. dgl. müssen von dem Nebenintervenienten der unterstützten Partei zugestellt werden; der Nebenintervenient muß zwar in dem

---

[11]) Bes. Begr. d. E. zu § 64. Ebenso württemb. Com. B. zu Art. 97 d. E. Eine Ausnahme liegt indessen in § 72.

[12]) Prot. z. hann. E. S. 754 ff.

[13]) Prot. z. nordd. E. S. 157 ff.

[14]) Prot. z. nordd. E. S. 160. Auch bei Berathung des § in der Justizkommission wurde der Antrag, demselben beizusetzen: „die Hauptpartei kann dem Nebenintervenienten die alleinige Durchführung des Rechtsstreites überlassen," abgelehnt. Prot. d. J.K. S. 25—26.

[15]) Die Partei kann es jederzeit zurücknehmen, gerade hieraus aber folgt, daß es der Intervenient selbstständig einlegen kann, wenn die Partei es unterlassen hat. A. M. Seuffert, C.P.O. § 64 Nr. 2, d, weil in dem Unterlassen der Partei ein Verzicht liege. Kann nicht ebensogut ein Uebersehen vorliegen? Auch bei Berathung in der J.K. wurde ohne Widerrede die Ansicht ausgesprochen, daß der Intervenient selbstständig von Rechtsmitteln Gebrauch machen könne. Prot. d. J.K. S. 25 a. E.

Hauptverfahren zugezogen werden, da er aber bei dem Prozeßbetriebe als Streitgenosse zu betrachten ist, finden die Bestimmungen des § 60 auch auf ihn Anwendung, er muß die von ihm vertretene Partei, auch wenn sie selbständig im Prozesse nicht mehr auftritt, zu allen Terminen laden lassen.

Aus dem allgemeinen Charakter der Nebenintervention folgt, daß durch das im Prozesse ergehende Urtheil nur über das Rechtsverhältniß unter den Hauptparteien entschieden wird. Ausnahmen hievon enthalten die §§ 65, 66. Daß für die Verhältnisse des § 72 nicht die Bestimmungen des § 64 maßgebend sein können, bedarf wohl keiner Erörterung. Auch dort tritt der Litisdenunciat in den Streit ein, allein er unterscheidet sich von dem Nebenintervenienten wesentlich dadurch, daß er die geltend gemachte Forderung *für sich* in Anspruch nimmt. Die Verhälthältnisse sind also in § 72 ganz anders gelagert.

Die Frage, ob dem Nebenintervenienten unter den Voraussetzungen, unter denen jede Partei das Recht, einen Richter abzulehnen, hat, dieses Recht gleichfalls zusteht, ist zu bejahen.[16]) Auf jeden Fall kann er das der Partei zustehende Ablehnungsrecht ausüben, so lange diese es nicht selbst verloren hat.

Gegen *eigene* Versämnisse kann der Nebenintervenient keine Restitution suchen, aber er kann es für die von ihm unterstützte Partei, so lange diese nicht die Frist versäumt hat.

„mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei im Widerspruche stehen." Das sind Handlungen und Erklärungen, die sich auf die Prozeßführung beziehen, nicht aber kann aus diesen Worten gefolgert werden, daß hierin ein absolutes Veto gegen den Beitritt des Intervenienten liege.[17])

Die Grundsätze des § 64 (und des § 65) sind indessen nur dann anwendbar, wenn die Voraussetzungen des § 66 nicht gegeben sind.

§ 65.

Der Nebenintervenient wird im Verhältnisse zu der Hauptpartei mit der Behauptung nicht gehört, daß der Rechtsstreit,

---

[16]) Vergl. die Bem. zu § 44 a. E. S. 260.

[17]) Vergl. § 68.

wie derselbe dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei; er wird mit der Behauptung, daß die Hauptpartei den Rechtsstreit mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als er durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind.

„im Verhältnisse zu der Hauptpartei" d. h. der assistirten Partei;[1]) über das Verhältniß des Nebenintervenienten zur Gegenpartei enthält der § keine Bestimmung. In den Motiven wird bemerkt: Aus dem allgemeinen Charakter der Nebenintervention folgt, daß durch das im Prozesse ergehende Urtheil nur über das Rechtsverhältniß unter den Parteien entschieden wird. Das Urtheil ist aber auch von Einfluß auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Nebenintervenienten und der Hauptpartei, welcher er beigetreten ist. Der § 65 bestimmt, daß der Nebenintervenient im Verhältniß zur Hauptpartei

1) die Entscheidung des Rechtsstreites, wie derselbe dem Richter vorgelegen hat, als richtig entschieden gegen sich gelten lassen muß und
2) den Einwand verliert, daß die Hauptpartei den Prozeß mangelhaft geführt habe (exceptio mali processus), wenigstens ist dieser Einwand nur in so weit aufrecht erhalten, als der Nebenintervenient durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts oder durch Erklärungen und Handlungen[2]) der Hauptpartei — z. B. durch Zurücknahme eines vom Nebenintervenienten ein-

[1]) Für den gleichen § 102 des nordd. Entw. war vorgeschlagen und angenommen worden „der Partei, welcher er beigetreten ist" und wurde bei der Redaktion in „Hauptpartei" verändert. Prot. z. nordd. E. S. 164 und S. 460, § 85.

[2]) Ein Antrag im § 102 des nordd. Entw. einzuschalten „oder Unterlassungen" wurde ohne Angabe von Gründen abgelehnt. Prot. z. nordd. E. S. 442. „Unterlassungen" kann der Nebenintervenient, so lange eine Frist hiefür offen, nachholen.

gelegten Rechtsmittels — verhindert ist, Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend zu machen oder als Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht worden sind."[3])

„wie derselbe dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei". Damit ist die Einrede, daß der Prozeß, wenn dem Richter anderes Material geliefert worden sei, auch anders hätte entschieden werden müssen, der assistirten Partei gegenüber nicht ausgeschlossen. Zu bemerken ist, daß der erste Theil des § auf die Zeit des Beitritts des Intervenienten keine Rücksicht nimmt; die Behauptung, daß der Rechtsstreit unrichtig entschieden sei, ist ausgeschlossen, auch wenn der Nebenintervenient zur Zeit seines Beitritts nichts mehr ändern konnte.

Wie aus dem Wortlaute des § hervorgeht, spricht derselbe von den Fällen, in denen die von ihm assistirte Partei gegen den Intervenienten nach Beendigung des Hauptprozesses selbst Ansprüche machen kann, also den gewöhnlichen Regreß- und Entschädigungsklagen.

„zur Zeit seines Beitritts" d. h. von dem Augenblicke an, als der Hauptpartei die Erklärung zugekommen ist (§ 67). Der Intervenient muß Gelegenheit gehabt haben, handeln zu können,[4]) das ist erst der Fall, wenn er wirklich schon Intervenient ist.[5]) Ist bei seinem Eintritte die Frist für ein Rechtsmittel noch im Laufe und er macht von solchem keinen Gebrauch, kann er die Unterlassung desselben der Hauptpartei nicht zur Last legen, wenn er an diese Ansprüche macht, wohl aber, wenn die Frist bei seinem Eintritte schon abgelaufen war. Der Nebenintervenient steht von Zeit seines Eintritts an einem Litisdenunciaten gleich. Er kann demnach der Hauptpartei gegenüber nicht geltend machen, daß diese die Streitverkündung unterlassen habe, wenn er selbst zu einer Zeit beigetreten ist, vor der eine Streitverkündigung nicht

---

[3]) Bes. Begr. d. E. zu § 65.

[4]) Prot. z. nordd. E. S. 152—153.

[5]) Vergl. indessen § 68.

geboten oder nicht nothwendig war.[6]) Dagegen muß ihm die Einrede der Unrichtigkeit des Urtheils und die exceptio mali processus gestattet werden, wenn er aus dem Prozesse wieder austritt und sich diese Einrede auf Handlungen und Erklärungen der assistirten Partei nach seinem Austritte bezieht.[7])

„absichtlich oder durch grobes Verschulden". Der norddeutsche Entwurf enthielt ursprünglich dafür „in arglistiger Weise" und wurde die Ersetzung dieses Ausdrucks durch einen andern, auch die Fälle des groben Verschuldens umfassenden, der Redaktion überlassen.[8]) Die nunmehrigen technischen Ausdrücke sind nach den civilrechtlichen Grundsätzen aber dolus und culpa lata zu beurtheilen.

Die Motive zu § 65 bemerken am Schlusse: Diese Bestimmungen greifen zwar in das bürgerliche Recht ein, sie stehen aber mit dem Institute der Intervention in einem innigen Zusammenhange und schaffen den Civilrechten, in denen sie sich nicht oder nicht vollständig entwickelt haben, keine erheblichen Schwierigkeiten. Der Entwurf hat deßhalb mit Recht über den Bereich des Prozeßrechts hinaus gegriffen, um für diese wichtigen und vielfach bestrittenen Rechtsfragen die Rechtseinheit zu begründen.[9]) Andere Wirkungen als die in § 65 bemerkten hat das Urtheil (den Fall des § 66 ausgenommen) für den Nebenintervenienten nicht, nur bezüglich der Kosten kann das Urtheil einen Einfluß äußern (§ 96).

§ 66.

Insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozesse erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältniß des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist, gilt der Nebenintervenient im Sinne des § 58 als Streitgenosse der Hauptpartei.

---

[6]) Bes. Begr. d. E. zu § 67 a. E.

[7]) Vergl. § 67.

[8]) Prot. z. nordd. E. S. 164.

[9]) Bes. Begr. d. E. zu § 65 a. E.

Abweichend werden die in den §§ 64, 65 geregelten Fragen durch den § 66 geordnet, insoferne nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozesse erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältniß des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist. Hier gilt der Nebenintervenient als wirklicher Streitgenosse der Hauptpartei im Sinne des § 58, und es äußert dieß seine Wirkungen auch in Beziehung auf den Beweis durch Eid (§§ 414, 448) und auf die Regelung des Kostenpunktes (§§ 95, 96). Es gehören unter diesen § die Fälle, in welchen das Recht oder die Verbindlichkeit des Nebenintervenienten durch das Bestehen des Rechts oder der Verbindlichkeit einer im Prozesse begriffenen Partei bedingt ist. Ein Beispiel geben L. 50 § 1 D. de legatis I; L. 14 D. de appell. (49, 1) und das preuß. A.G.L. I, 12 § 298 für einen Prozeß zwischen dem Testaments- und Intestaterben über die Gültigkeit eines Testaments, wenn dem Ersteren der Legatar beitritt. In diesen Fällen darf der Nebenintervenient, wie die L. 14 pr. D. de appell. (49, 1) sagt, nicht nur causae adesse, sondern auch causam agere; er steht dem Gegner selbstständig als Einzelner gegenüber.[1])

Dagegen gehört beispielsweise der Fall, wenn es sich um Aufführung eines Baues auf einem Grundstücke handelt, auf dem dem Eigenthümer des angrenzenden Grundstücks eine Servitut zusteht, und dieser tritt der Partei, die, weil sie auch Nachbar ist, aus andern Gründen die Berechtigung zur Bauführung bestreitet, als Nebenintervenient bei, nicht unter § 66. Das gemeinsame Merkmal der einschlagenden Fälle liegt darin, daß in der betreffenden Sache nur ein Erkenntniß möglich ist, welches den Intervenienten unmittelbar mit Rechtsverlust bedroht.[2]) In dem angeführten Beispiele kann trotz der zu Ungunsten der assistirten Partei erlassenen Entscheidung der Intervenient noch selbständig auftreten.

„gilt der Nebenintervenient als Streitgenosse der Hauptpartei“. Damit will das Gesetz sagen, daß solche Intervenienten

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 66. [2]) Prot. z. nordd. E. S. 152.

als selbstständige Streitgenossen, — im Gegensatze zu den formellen der §§ 69, 70 — zu behandeln sind.[3]) Er wird durch die assistirte Partei als vertreten erachtet und vertritt diese (§ 59), er hat das Betreibungsrecht (§ 60), er kann von einem Rechtsmittel Gebrauch machen, das die Partei nicht eingelegt hat, seine Handlungen werden deßhalb nicht unwirksam, weil sie mit denen der assistirten Partei im Widerspruche stehen (§ 64) und dergl.

§ 67.

Der Beitritt des Nebenintervenienten erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

1. die Bezeichnung der Parteien und des Rechtsstreites;

2. die bestimmte Angabe des Interesses, welches der Nebenintervenient hat;

3. die Erklärung des Beitritts.

Außerdem finden die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze Anwendung.

In den Motiven wird bemerkt: Der Beitritt des Nebenintervenienten wird nach den allgemeinen Grundsätzen in der mündlichen Verhandlung erklärt. Die Vorschriften des Entwurfs über vorbereitende Schriftsätze und deren Zustellung, sowie über die Anberaumung von Verhandlungsterminen finden entsprechende Anwendung (§§ 119, 152 ff., 191, 68).[1])

Die Justizkommission war zuerst der Ansicht, daß diese Bestimmungen durch das Gesetz ausgesprochen werden sollten, und schuf hieraus einen besonderen Paragraphen, der aber bei zweiter Lesung die nunmehrige Fassung erhielt, weil, wenn die Nebenintervention durch Einlegung eines Rechtsmittels erklärt werde,

---

[3]) Prot. z. nordd. E. a. a. O. Deßhalb hat der Nebenintervenient im Falle des § 66 alle Rechte, welche einem Streitgenossen nach § 58 zustehen.

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 63—67.

diese Erklärung nur schriftlich erfolgen kann.[2]) Eine mündliche Erklärung ist dadurch ausgeschlossen.

„Zustellung eines Schriftsatzes". § 67 sagt nicht einmal, an wen die Zustellung zu erfolgen hat. Da aber beide Parteien das Widerspruchsrecht haben, ist klar, daß auch die Zustellung an beide erfolgen muß.[3]) Im Anwaltsprozesse oder in einer höheren Instanz ist der Schriftsatz von einem Anwalte zu verfassen (§ 74), wird mit demselben ein Rechtsmittel verbunden, so müssen selbstverständlich die hiefür vorgeschriebenen Bestimmungen im Schriftsatze beobachtet werden (§§ 479, 480, 515, 516). Uebrigens ist es nicht Sache des Gerichts, die formelle Richtigkeit der Beitrittserklärung des Intervenienten zu prüfen, sondern Sache der Parteien, die bei formellen Mängeln das Widerspruchsrecht ebenso gut haben, wie bei materiellen und deßhalb eine Abweisung des Antrags „zur Zeit" verlangen können.

„muß enthalten". Nicht „soll" sagt das Gesetz wie an andern Orten, und bezeichnet damit als absolut nothwendige Bestandtheile des Schriftsatzes die in Nr. 1 bis 3 aufgeführten.

„Angabe des Interesses". Wenn auch hier das Wort „rechtlichen" nicht beigesetzt ist, so ist doch nur dieses darunter verstanden (§ 63). Der Intervenient muß demnach angeben, welche rechtliche Folgen der Verlust oder Gewinn des Prozesses der assistirten Partei für ihn haben würde.

„Die Erklärung des Beitritts" d. h. die Erklärung, daß eine Nebenintervention geltend gemacht werde.

Ueber den Einfluß eines prorogirten Gerichtsstandes auf die Nebenintervention ist Seite 238 zu vergleichen. Ueber die Form des Austritts des Nebenintervenienten aus dem Prozesse enthält die Civilprozeßordnung keine Bestimmung. Der Austritt kann faktisch geschehen, dadurch, daß der Intervenient keinen weiteren Antheil am Prozesse nimmt,[4]) rechtlich wird er aber hier fortwährend als Intervenient betrachtet. Will er die Wirkungen

---

[2]) Prot. d. J.K. S. 26, 512.

[3]) Wie dieß deutlicher in § 104 des nordd. Entwurfs ausgesprochen ist.

[4]) In diesem Falle treffen ihn aber die Folgen des § 65. Vergleiche § 65 a. E.

der Nebenintervention beseitigen, so muß er eine Erklärung über seinen Austritt an beide Parteien abgeben, und dieß kann wohl nur nach der in § 67 vorgeschriebenen Form geschehen.

§ 68.

Ueber den Antrag auf Zurückweisung einer Nebenintervention wird nach vorgängiger mündlicher Verhandlung unter den Parteien und dem Nebenintervenienten entschieden. Der Nebenintervenient ist zuzulassen, wenn er sein Interesse glaubhaft macht.

Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.

So lange nicht die Unzulässigkeit der Intervention rechtskräftig ausgesprochen ist, wird der Intervenient im Hauptverfahren zugezogen.

„Ueber den Antrag". Dieser Antrag steht der assistirten Partei und der Gegenpartei zu. Widerspricht keine der Parteien dem Beitritte des Nebenintervenienten, so wird derselbe vom Gerichte zugelassen.[1]) Gegen die Zulassung darf das Gericht nicht einschreiten, die Zulassung hat ohne weitere Bedingungen zu erfolgen.[2]) Behauptet aber eine Partei, daß die Nebenintervention unzulässig sei, so hat das Gericht hierüber nach den Regeln über den prozessualen Zwischenstreit durch ein Zwischenurtheil zu entscheiden.[3])

In welcher Form der Antrag zu stellen ist, wird nicht gesagt. Da ein Termin zu einer Verhandlung zu fixiren ist, kann er wohl nicht anders gestellt werden, als in Form eines Schriftsatzes (§ 121, § 124 Abs. 2). Auch über die Zeit der

---

[1]) D. h. faktisch u. stillschweigend, nicht aber durch Erlassung einer Verfügung. Bes. Begr. d. E. zu § 68.

[2]) Prot. z. nordd. E. S. 1220, 1224. Die Vorlage des Referenten enthielt hier über die Zeit des Antrags keine Bestimmung und schloß deutlicher die Offizialthätigkeit des Richters durch die Worte aus: Wird von einer Partei der Antrag gestellt, die Intervention zurückzuweisen. Die Commission beschloß nach der ersten mündlichen Verhandlung den Antrag nicht mehr zuzulassen. Württ. C.P.O. Art. 101 läßt die Abweisung von Amtswegen zu.

[3]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

Antragstellung spricht sich § 68 nicht aus. Klar ist aber, daß eine Nebenintervention nicht mehr zurückgewiesen werden kann, wenn sie unbeanstandet wirklich geltend gemacht worden ist. Hat eine Partei nach Zustellung des Schriftsatzes (§ 67) den Intervenienten ohne Widerspruch handeln lassen, so wird man einen Antrag auf Zurückweisung der Intervention nicht mehr für zulässig erachten können. Ein solcher Antrag müßte dann konsequenter Weise auch noch im II. Rechtszuge und in jeder höheren Instanz zulässig sein, wenn ein thätiger Intervenient im ersten Rechtszuge schon lange für die assistirte Partei gehandelt hat. Sollten dann möglicher Weise seine Handlungen für rechtsunwirksam erklärt werden können,[4]) während vielleicht gerade die assistirte Partei im Vertrauen auf seine Thätigkeit die eigene Thätigkeit unterlassen hat? Von der Laune einer Partei darf das Verfahren nicht abhängig sein.

„nach vorgängiger mündlicher Verhandlung“. Hier ist die mündliche Verhandlung eine öffentliche, der Richter ist hier ein erkennender, er entscheidet über ein Recht (§§ 272 und 275).[5])

„unter den Parteien“. Die Motive sagen dafür „zwischen den Parteien und dem Nebenintervenienten“. Auch die Partei, die keinen Antrag auf Zurückweisung gestellt hat, ist zur mündlichen Verhandlung zu laden, und zwar auf Veranlassung des Antragstellenden, im Anwaltsprozesse auf Veranlassung des Anwalts des Antragstellenden.

Welchen Einfluß äußert aber das Ausbleiben einer Partei oder des Intervenienten bei der Verhandlung?

Für die bei dem Antrage nicht betheiligte Partei kann ihr Ausbleiben keine Wirkung äußern; dagegen muß auf Antrag bei dem Ausbleiben des Intervenienten sein Beitritt zurückgewiesen, bei dem Ausbleiben der antragstellenden Partei die Nebenintervention für zulässig erachtet werden (§§ 275, 295, 296),[6]) aber

[4]) Abs. 3 des § 68 bezieht sich auf die Zeit nach erhobener Beschwerde.

[5]) Vergl. zu § 119.

[6]) Vorausgesetzt, daß bei dem Ausbleiben des Opponenten das als zugestanden geltende thatsächliche Vorbringen die Einmischung als Intervenient,

beiden steht hiegegen das Rechtsmittel des Einspruchs zu (§ 303). Die Entscheidung erfolgt durch Zwischenurtheil (§§ 275, 312 Abs. 2).

„Der Nebenintervenient ist zuzulassen". Damit wird dem Zwischenurtheil präjudicirt. Der Richter hat zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 63 gegeben sind und darf dem Antrag auf Zurückweisung der Intervention nicht statt geben, wenn der Nebenintervenient sein Interesse glaubhaft macht.

„sein Interesse". Das Gesetz spricht auch hier nicht, wie in § 63, vom „rechtlichen Interesse".[7]) Es ist dieß lediglich eine Nachlässigkeit in der Redaktion, wie sie schon in den hier konformen §§ 100, 106 des norddeutschen Entwurfs vorkommt.

„glaubhaft macht". Hierüber ist § 266 zu vergleichen. Noch über der Glaubhaftmachung steht der Nachweis des rechtlichen Interesses und der Nebenintervenient ist zuzulassen, wenn z. B. gerichtskundig ist, daß er als Legatar in einem Testamente figurirt, dessen Gültigkeit bestritten wird, oder dieß von der Partei, welche das rechtliche Interesse bestreitet, zugestanden wird. Die Motive theilen diese Ansicht. Sie bemerken: Für das Urtheil des Gerichts auf Zulassung des Nebenintervenienten erklärt der § 68 für maßgebend, daß der Nebenintervenient sein Interesse, wenn nöthig, glaubhaft macht, gehen also von dem Grundsatze aus, daß die Zulassung des Intervenienten auch ohne besondere Glaubhaftmachung erfolgen kann.

„findet sofortige Beschwerde statt". Vergleiche hierüber § 540. Die Beschwerde vertritt hier die Stelle der Berufung oder Revision.[8]) Die Beschwerde hat hier keine aufschiebende Wirkung (§ 535); deßhalb wurde im Schlußsatze des § eine Ausnahme statuirt.

„So lange nicht". Trotz der eingelegten Beschwerde ist der Intervenient zuzulassen, kann er Rechtsmittel einlegen u. dgl.,

---

bei dem Ausbleiben des Intervenienten das thatsächliche Vorbringen des als Kläger zu betrachtenden Opponenten des § 68 die Zurückweisung rechtfertigt.

[7]) Vergl. § 67.

[8]) Die Motive weisen darauf hin, daß deren Gestattnng mit formellen Schwierigkeiten verbunden war. Bes. Begr. d. E. zu § 68.

ja selbst, wenn der Beschwerde stattgegeben wird, bleiben die inzwischen von dem Nebenintervenienten vorgenommenen Handlungen, wie gerade die Einlegung eines Rechtsmittels, in Kraft.

Durch die Intervention soll der Gang des Hauptprozesses nicht aufgehalten werden.[9])

Der § 68 findet auch auf die Streitverkündigung Anwendung (§ 71), jedoch steht dem Litisdenuncianten kein Widerspruchsrecht zu.[10])

§ 69.

Eine Partei, welche für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt, kann bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits dem Dritten gerichtlich den Streit verkünden.

Der Dritte ist zu einer weiteren Streitverkündigung berechtigt.

Ueber die Stellung der Litisdenunciation oder unfreiwilligen Nebenintervention zu der s. g. freiwilligen Nebenintervention des § 65 sprechen sich die Motive dahin aus: Gemeinsam ist der Streitverkündigung mit der Nebenintervention, daß die ungünstige Entscheidung des Rechtsstreits Einfluß üben kann auf die Rechtsverhältnisse, welche zwischen der Hauptpartei und einem Dritten bestehen. Unterscheidend ist, daß der Nebenintervenient aus freiem Willen in den Prozeß eintritt, um der Hauptpartei durch seine Unterstützung zu einem obsieglichen Endurtheile zu verhelfen, während bei der Streitverkündung die Initiative von der betreffenden Prozeßpartei ausgeht, welche den Dritten in den Prozeß hineinzieht, um mit dessen Hülfe den Prozeß zu gewinnen, oder im Falle des Unterliegens sich für die zwischen ihr und dem Dritten vorzunehmende Auseinandersetzung gegen den Einwand zu schützen, jener Rechtsstreit sei mangelhaft geführt oder unrichtig

---

[9]) Bes. Begr. d. E. zu § 67.

[10]) Vergl. § 71.

entschieden. Dabei bleibt dem bürgerlichen Rechte die Bestimmung überlassen, in welchen Fällen eine Partei zur Streitverkündigung verpflichtet ist und welche Folgen in diesen Fällen die Unterlassung der Streitverkündigung nach sich zieht. Der Entwurf normirt nur die prozessualische Zulässigkeit, Form und Wirkung der Streitverkündigung.[1])

Ein weiterer wichtiger Unterschied zwischen Nebenintervention und Streitverkündigung liegt in der Bestimmung des § 71 Abs. 3, dann im Verluste des Widerspruchsrechts des Litisdenuncianten nach erfolgtem Beitritt des Litisdenunciaten (§ 71 Abs. 3).

„erheben zu können glaubt". Der norddeutsche Entwurf § 107 hat dafür die Bestimmung „zu erheben berechtigt ist". Bei Berathung desselben wurde die unserer Civilprozeßordnung gleiche Fassung auf Antrag des Referenten salva redactione angenommen und erst später bei der Erledigung von Erinnerungen gegen die bereits der Fassung nach festgestellten Bestimmungen von der Kommission ohne Angabe eines Grundes die Veränderung in „zu erheben berechtigt ist" beschlossen.[2]) Die Kommission ist da offenbar über eine Redaktionsänderung weit hinaus gegangen, ohne daß dieß beabsichtigt war. Mag dieß übrigens auch nicht der Fall sein, die Tragweite dieses Unterschieds ist einleuchtend und da unsere Civilprozeßordnung die Zulässigkeit der Streitverkündung lediglich von der Ansicht des Streitverkünders über die Folgen des Rechtsstreits abhängig macht, daran festzuhalten.[3])

„oder den Anspruch eines Dritten". Während in den Fällen der ersten und zweiten Alternative die Streitverkündung gegen einen Einwand schützen soll, bezweckt sie in der zweiten zugleich die Abwendung eines Anspruchs.[4]) Hieher gehören beispielsweise die zahlreichen Fälle aus dem Gebiete des Handelsrechts, ins-

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 68—70.

[2]) Prot. z. nordd. E. S. 155, 2329.

[3]) Erst bei wirklichem Eintritte des Litisdenunciaten kann die Opposition des Prozeßgegners richterliche Prüfung, aber nicht der Voraussetzungen des § 69, sondern des § 63 in der Person des Litisdenunciaten veranlassen.

[4]) Prot. z. nordd. E. S. 156.

besondere der Kommission, Spedition, des Frachtgeschäfts, der Versicherung u. dgl., in denen ein Prozeß auf Gefahr und für Rechnung eines Dritten geführt wird.[5])

„kann — den Streit verkünden". Aus den mitgetheilten Motiven sowie aus der weiteren Bemerkung derselben: Der § 69 bestimmt, daß die Streitverkündung — abgesehen von den civilrechtlichen Fällen ihrer Nothwendigkeit — für jede Partei statthaft ist, welche für den Fall des Unterliegens Regreßansprüche oder den Anspruch eines Dritten zu fürchten hat, geht klar hervor, daß die Civilprozeßordnung nur eine prozessuale Frage regeln, aber keinen Einfluß auf die lediglich den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts überlassene Frage über die Nothwendigkeit einer Streitverkündung äußern wollte.

Eine solche Nothwendigkeit kennt das gemeine Recht in Eviktionsfällen, ob auch außer solchen, ist kontrovers.

Das französische Recht verlangt zur Erhaltung der Ansprüche gegen Dritte die Streitverkündung in Eviktionsfällen beim Kaufe und bei der Zahlung des Bürgen für den Hauptschuldner.[6])

Das preußische Landrecht verlangt gleichfalls bei der Entwährung, ebenso aber auch bei der Klage des Angewiesenen gegen den Ueberwiesenen eine Streitverkündung an den Anweisenden, bei der Klage gegen den Bürgen an den Schuldner, bei der Klage des Bürgen gegen den Hauptverpflichteten an den allenfallsigen Rückbürgen.[7])

Das bayerische Landrecht erklärt die Streitverkündung nothwendig in Eviktionsfällen, worunter Kauf, Tausch, Miethe, Vertheilung und alle andern negotia onerosa begriffen werden, dann bei letztwilligen Vermächtnissen beschränkt nothwendig.[8]) Das

[5]) Bes. Begr. d. E. zu § 68. A.D.H.G. Art. 370, 384, 452.

[6]) Code civil Art. 1640, 2031. Zachariä, franz. Civ.-R. Bd. II S. 321 a. A. S. 474, insbes. Anm. 13, S. 477, 665—666.

[7]) Förster, preuß. Pr.R. Bd. I S. 491, 585. Preuß. L.R. Thl. I Tit. 11 §§ 143, 144. Tit. 14 §§ 342, 344, 381 ff.

[8]) Bayer. L.R. Thl. IV, c. III § 15, viertens, Thl. III c. VII §§ 7 ff. Bei Schenkungen findet in der Regel keine Gewährschaft statt; wo dies der Fall, ist eine Streitverkündigung nothwendig. Bayer. G.O. c. VII § 2 a. A. Anmerk. z. bayer. L.R. Thl. IV, c. III § 15 Nr. 5, 14, 16.

bayerische Hypothekengesetz verlangt die Streitverkündung zur Erhaltung des Regresses gegen den vorigen Besitzer bei eingetragener Protestation, wenn der dritte Besitzer eine Hypothekschuld bezahlt hat und deßhalb ein Rechtsstreit entstand.[9])

Das sächsische Recht fordert die Streitverkündung in Entwährungsfällen, wozu auch die Abtretung gezählt wird.[10])

In Württemberg ist kontrovers, ob zur Erhaltung der Regreßansprüche Streitverkündung nothwendig ist, während sie bei der Eviktion geboten ist.[11])

Auch die Civilprozeßordnung führt in § 740 den Fall einer nothwendigen Streitverkündung an.

„bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits", also auch in dritter Instanz, wie die Motive ausdrücklich bemerken. Der § bestimmt hiemit das Ende der Frist für die Zulässigkeit der Streitverkündung, nicht aber den Anfang. Auch vor Erhebung der Klage ist die Streitverkündung zulässig, wo dieß zur Erhaltung der Regreßansprüche nach Landesrecht gefordert wird.[12])

„gerichtlich den Streit verkünden". Worin eigentlich die Streitverkündung besteht, sagt § 69 gar nicht, dieß wohl als bekannt voraussetzend. Streitverkündung ist die Aufforderung einer Partei an eine andere, sie als Nebenintervenient in einem Rechtsstreite zu unterstützen. Durch die angeführten Worte soll nicht bestimmt werden, daß die Streitverkündung in allen

---

[9]) Bayer. Hypoth.-Ges. § 58 Abs. 2. Das bayer. Ges. v. 26. März 1859 über Gewährschaft bei Viehveräußerungen fordert keine Streitverkündung. Ein Antrag von Dr. Barth im Gesetzgeb.-Aussch. eine Streitverkündung für nothwendig zu erklären, wurde zurückgezogen; v. Wäldernd orff, Erläut. zu diesem Ges. S. 52—53.

[10]) Sächs. bürg. G. §§ 933, 934, 964, 971.

[11]) Württemb. L.R. Th. II Tit. 15 §§ 3—5. Berner-Schäfer, das Verf. in bürg. Streits. S. 118 nimmt an, daß das Landrecht, indem es bei Gelegenheit der Eviktion, als dem häufigsten Fall, die Streitverkündung als nothwendig erklärte, damit eine allgemeine Vorschrift geben wollte. Das württemberg. Gewährsch.-G. vom 26. Dez. 1861 erklärt in Art. 14 eine Streitverkündung nicht für nothwendig.

[12]) Prot. z. hann. E. S. 4905.

Fällen gerichtlich geschehen muß. Schon bei Berathung des hannover'schen Entwurfs war beantragt worden, das Wort „gerichtlich" zu streichen, der Antrag wurde aber abgelehnt, um keinen Zweifel bestehen zu lassen, daß die civilrechtlich bestehende außergerichtliche Streitverkündung durch den § nicht berührt werde. Diese kann durch Gerichtsvollzieherakt oder auf andere zulässige Weise erhoben werden.[13]) Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs hat man in Anschluß an die Bestimmungen des § 732 des preuß. Entwurfs, der das Wort „gerichtlich" nicht enthält, eine unserem § entsprechende Fassung beschlossen. Hiebei wurde bemerkt, eine Bestimmung über die Befugniß zur gerichtlichen Streitverkündung sei durchaus prozessualisch, nur die Nothwendigkeit der Streitverkündung sei materiellen Rechts.[14])

„Der Dritte ist zu einer weiteren Streitverkündung berechtigt". Nicht nur der Dritte, sondern auch der Vierte u. s. w.[15]) und der weitere Litisdenunciat kann in den Prozeß eintreten, selbst wenn sein Vormann dieß nicht that.[16])

Welche Folgen es für das Rechtsverhältniß zwischen dem Streitverkünder und dem Dritten habe, wenn die Streitverkündung nicht rechtzeitig geschieht, bestimmt sich im Allgemeinen nach dem bürgerlichen Rechte und in Betreff der beschränkteren prozeßrechtlichen Wirkung der verspäteten Litisdenunciation nach § 71 Abs. 3.[17])

§ 70.

Die Streitverkündung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben ist.

Abschrift des Schriftsatzes ist dem Gegner mitzutheilen.

---

[13]) Prot. z. hann. E. S. 804, 805, 810, 4902.

[14]) Prot. z. nordd. E. S. 155—156. 1222. Wenn die Motive zu § 69 sagen: Unterstellt ist dabei, daß dieselbe gerichtlich erfolgt — so bezieht sich dieß auf die prozessuale Form und Zulässigkeit der Streitverkündung.

[15]) § 112 des nordd. Entw. sagt deutlicher „Jeder, welchem der Streit verkündigt wird, ist zu einer weiteren Streitverkündung berechtigt."

[16]) Bes. Begr. d. E. zu § 68.

[17]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

Der § 70 bestimmt die Form der gerichtlichen Streitverkündung, wie dieß schon aus den Bemerkungen zu § 69 hervorgeht.

„Durch Zustellung eines Schriftsatzes". Während der Entwurf den Beitritt des Nebenintervenienten, bezw. Denunciaten, in der mündlichen Verhandlung gestattete,[1]) wird hier die Zustellung eines Schriftsatzes für einen dem Eintritte vorangehenden Akt gefordert. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß im Parteiprozesse die Streitverkündung zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt wird, wenn nur das Protokoll die Bestandtheile des Schriftsatzes enthält. Die Zustellung erfolgt dann in der gewöhnlichen Weise. Dagegen hat im Anwaltsprozesse ein Anwalt den Schriftsatz zu verfassen.

Auf diesen Schriftsatz finden die Bestimmungen des § 121 über vorbereitende Schriftsätze keine Anwendung,[2]) mit Ausnahme der Bestimmungen der Nr. 1 (was eigentlich schon in § 70 liegt) und der Nr. 6, die eben bei einer schriftlichen Erklärung nothwendig sind.

Die Bestandtheile des Schriftsatzes geben dem Dritten, welchem der Streitverkünder den Schriftsatz zuzustellen hat, neben der ihm durch § 271 gestatteten Einsicht der Prozeßakten das erforderliche Material, auf Grund dessen er seine Erklärung über die Streitverkündung abgeben kann.[3])

„anzugeben ist". § 113 des norddeutschen Entwurfs bestimmt „soll angeben". Das „muß" der Vorlage wurde beseitigt, um anzudeuten, daß blos in instruktiver Weise verordnet werden solle, was der Schriftsatz zu enthalten habe.[4]) Obgleich in der allgemeinen Begründung zur Civilprozeßordnung § 4 a. E. bemerkt ist, daß in der C.P.O. hinsichtlich der wesentlichen Bestandtheile eines Schriftsatzes das imperative „muß", hinsichtlich der unwesent-

---

[1]) Vergl. die Bemerk. zu § 67.

[2]) Die Bestimmung des § 67 Abs. 2 ist in § 70 nicht aufgenommen.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 69.

[4]) Prot. z. nordd. E. S. 1222—1223. Dagegen erklären die Motive zu 737—743 des preuß. Entw. die in § 70 aufgeführte Angabe des Grundes als wesentliches Erforderniß.

lichen aber das instruktionelle „soll" gebraucht werde, ist hier keines von beiden geschehen. Indessen deutet das Abgehen vom norddeutschen Entwurf darauf hin, daß die Civilprozeßordnung nicht blos instruktive Vorschriften geben wollte. Für die nicht nothwendige Streitverkündung genügt es allerdings, wenn aus dem Schriftsatze, der nicht vollständig den Bestimmungen des § 70 entspricht, nur entnommen werden kann, daß in einem bestimmten Prozesse einem bestimmten Dritten der Streit verkündet werde, der Dritte kann der Aufforderung Folge leisten oder nicht, ein Präjudiz hat hier die Unterlassung einzelner Bestandtheile des § 70 in der Aufforderung nicht zur Folge; anders aber bei der nothwendigen Streitverkündung, wenn hier von der gerichtlichen Form Gebrauch gemacht wird oder nach Landesrecht Gebrauch gemacht werden muß. Hier wird sich der Denunciat, der nicht beigetreten ist, wenn er selbst vom Denuncianten belangt wird, bei dem Mangel einzelner in § 70 enthaltenen Erfordernisse in der Streitverkündung darauf berufen können, daß ihm der Streit nicht rite verkündet wurde.

Daß der Schriftsatz die bestimmte Erklärung enthalte, es werde der Streit verkündet und der Dritte aufgefordert, die Partei zu unterstützen, ist im § 70 nicht einmal verlangt, versteht sich aber wohl von selbst, nachdem der Grund der Streitverkündung im Schriftsatze angegeben werden soll.

„Abschrift des Schriftsatzes ist dem Gegner mitzutheilen", von wem? sagt § 70 nicht, nur die Motive bemerken, wie der norddeutsche Entwurf § 114 hinzufügt, „durch den Streitverkünder."[1])

Auch über die Art der Mittheilung bestimmt der § nicht. Sie hat daher wie jede andere Zustellung zu erfolgen. Mittheilung einer beglaubigten Abschrift verlangt der § nicht, aber nach § 156 wird Beglaubigung erfordert. Der Abs. 2 des § bezieht sich nicht auf den Inhalt des Schriftsatzes, da entscheidet also nur die imperative Form des Abs. 2. Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs wurde indessen beantragt, den Abs. 2 des

---

[5]) Bes. Begr. d. E. zu § 69.

nunmehrigen § 70 als entbehrlich zu streichen[6]) und nur mit Rücksicht auf die Benennung des Auktors, und weil der Gegner immer bezüglich der Terminsbestimmung ein gewisses Interesse an der Streitverkündung habe, wurde er beibehalten.[7]) Dem Dritten sind die bisherigen Prozeßverhandlungen in Abschrift nicht mitzutheilen.

Besondere Vorschriften über die Bestimmung und etwaige Verlegung des Termins zur mündlichen Verhandlung in der Hauptsache mit Rücksicht auf eine Streitverkündung sind für entbehrlich gehalten, da in dieser Hinsicht die allgemeinen Vorschriften über Termine und Fristen maßgebend sind. Wegen einer Streitverkündung findet eine Aussetzung des Verfahrens nicht statt.[8])

§ 71.

Wenn der Dritte dem Streitverkünder beitritt, so bestimmt sich sein Verhältniß zu den Parteien nach den Grundsätzen über die Nebenintervention.

Lehnt der Dritte den Beitritt ab oder erklärt er sich nicht, so wird der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt.

In allen Fällen dieses Paragraphen kommen gegen den Dritten die Vorschriften des § 65 mit der Abweichung zur Anwendung, daß statt der Zeit des Beitritts diejenige Zeit entscheidet, zu welcher der Beitritt in Folge der Streitverkündung möglich war.

Die Motive bemerken zu Absatz 1: „Es bedarf daher auch keiner besonderen Bestimmung, in welcher Form der Dritte den Beitritt erklärt.“ Die Form für den Beitritt des Nebeninter-

---

[6]) Dem Gegner ist ja ohnedieß der Beitritt des Intervenienten bezw. Litisdenunciaten bekannt zu geben, was vorher zwischen diesen und der unterstützten Partei verhandelt wurde, kann ihm gleichgiltig sein und ein Widerspruchsrecht gegen die Streitverkündung hat er nicht.

[7]) Prot. z. nordd. E. a. a. O.

[8]) Bes. Begr. d. E. zu § 69. Vergl. hiezu den fünften Titel.

venienten ist maßgebend.[1]) Aus Absatz 1 folgt aber auch, daß der Litisdenunciat in jeder Lage des Rechtsstreits beitreten kann, daß er in Verbindung mit dem Beitritt ein Rechtsmittel einlegen kann (§ 63), daß er ebenso wie der Nebenintervenient handeln kann (§ 64), daß die §§ 65, 66, 68 auf ihn Anwendung finden,[2]) daß also dem Gegner das Recht des Widerspruchs zusteht. Die Motive bemerken hiezu: Der Entwurf ist dem norddeutschen Entwurf gefolgt, und hat dem Gegner des Litisdenuncianten den Widerspruch gegen den Etntritt des Litisdenunciaten nicht genommen.[3]) Widerspricht der Gegner des Litisdenuncianten das Recht des Litisdenunciaten zum Beitritte, so richtet sich das Verfahren über den Widerspruch nach § 68. Dem Litisdenuncianten steht nach erfolgtem Beitritt des Litisdenunciaten ein gleiches Recht nicht zu. Letzterer darf ja ohnedieß keine Handlungen vornehmen und Erklärungen abgeben, die mit denen des Ersteren im Widerspruche stehen. Dagegen muß dem Litisdenuncianten gestattet sein, die Streitverkündung, so lange sich der Litisdenunciat nicht erklärt hat, wieder zurückzunehmen, und kann der Letztere dann als freiwilliger Intervenient nach § 63 in den Prozeß eintreten; hier hat dann aber der Litisdenunciant auch das Widerspruchsrecht. Die Mittheilung des die Streitverkündung enthaltenden Schriftsatzes an den Gegner setzt denselben zur Erklärung über den Beitritt des Litisdenunciaten in den Stand und ist außerdem auch durch § 68 Abs. 3 geboten, da der Litisdenunciat zu den Verhandlungen des Prozesses von der ladenden Partei zugezogen werden muß.[4])

---

[1]) Vergl. hierüber zu § 67.

[2]) § 68 a. E.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu § 70. Die Verwechslung an dieser Stelle von Litisdenunciant mit Litisdenunciat wurde schon bei Berathung in der Justizkommission als Druckfehler hervorgehoben. Prot. d. J.K. S. 27.

[4]) Bes. Begr. d. E. zu § 70. Gegen diese Bemerkung der Motive ist zu erinnern, daß eine Zuziehung des Litisdenunciaten erst stattfinden kann, wenn er seinen Beitritt erklärt hat. So lange dieß nicht geschehen, existirt für den Gegner des Litisdenuncianten kein Litisdenunciat. Anm. 6 zu § 70.

„Lehnt der Dritte den Beitritt ab oder erklärt er sich nicht.“ In welcher Form die Ablehnung zu erfolgen hat, ist nicht bemerkt. Da das Gesetz nur für den Beitritt eine solche bestimmt, wird dem Litisdenunciaten die Form der Ablehnung um so mehr überlassen bleiben können, als er ja gar keine Erklärung abzugeben braucht. Auch eine Frist zur Erklärung auf die Streitverkündung hat das Gesetz nicht bestimmt, aber die ausdrückliche oder stillschweigende Ablehnung einander gleichgestellt. Die Unterlassung einer Fristvorstreckung ist indeß nicht ohne Bedeutung. Der Litisdenunciat kann den Gang des Prozesses verfolgen und seinen Beitritt erst erklären, wenn er es für räthlich hält, hier hat dann aber der Litisdenunciant kein Widerspruchsrecht. Und so muß man konsequent die Erklärung auf die Litisdenunciation noch in der letzten Instanz zulassen, wenngleich die Streitverkündung schon in erster Instanz erfolgte.[5]) Der Litisdenunciat kann noch in der Revisionsinstanz Rechtsgründe geltend machen lassen, die die Berufungsinstanz übersehen hat.

Auch nach erfolgter[6]) Ablehnung ist der Litisdenunciat berechtigt, als Nebenintervenient in den Prozeß einzutreten, insofern die Voraussetzungen des § 63 gegeben sind.[7]) Die Streitverkündung bezweckt immer nur den Beitritt des Litisdenunciaten als Nebenintervenienten, er soll die Partei nur unterstützen, nicht für sich einen Anspruch erheben;[8]) durch diesen Zweck wird aber sein Recht, unter den erforderlichen Voraussetzungen als Hauptintervenient nach § 61 aufzutreten, nicht alterirt. Kann in diesem Falle der Hauptintervenient, wenn der Hauptprozeß sistirt war und er unterlegen ist, bei Fortsetzung des Hauptprozesses zwischen den ursprünglichen Parteien als Nebenintervenient auftreten? Die Frage läßt sich nicht verneinen. A. klagt auf Herausgabe eines Grundstückes, was B. verweigert, weil der Kaufpreis nicht, wie

---

[5]) Natürlich abgesehen davon, daß der Litisdenunciant inzwischen die Streitverkündung widerrufen hat, auch treffen den Litisdenunciaten die Folgen, wenn durch sein Nichteintreten etwas versäumt wurde.

[6]) d. h. durch die Gegenpartei des Litisdenuncianten veranlaßter.

[7]) Bes. Begr. d. E. zu § 70.

[8]) Vergl. indessen § 72.

bedungen, voraus bezahlt sei. A. behauptet, C. habe den Kaufpreis in seinem Namen an B. bezahlt, dieser will das Geld von C. als Darlehen empfangen und C., dem von A. der Streit verkündet wurde, beansprucht das Grundstück als Hauptintervenient selbst, weil er es für sich gekauft und bezahlt habe. Wird die Interventionsklage abgewiesen, so hat C. in dem bisher sistirten Hauptprozeß immer noch für den Fall, daß A. den Prozeß gegen B. verliert, einen Anspruch zu fürchten und ist zur Nebenintervention berechtigt.

Auch das Recht des Litisdenunciaten, dem Prozeßgegner des Litisdenuncianten als Nebenintervenient beizutreten, wenn er dieß in seinem Interesse hält, wird durch § 71 nicht berührt.[9]) In allen Fällen — mag also der Dritte dem Streit beitreten oder nicht — sind gegen ihn die Vorschriften des § 65 in Anwendung zu bringen, jedoch mit der Abweichung, daß statt der Zeit des Beitritts diejenige Zeit entscheidet, in welcher der Beitritt in Folge der Streitverkündung möglich war.[10])

In den Motiven ist weiter bemerkt: In den Prozeßordnungen von Hannover § 41, Baden § 119, Württemberg Art. 106, Bayern Art. 70, im hann. Entwurf § 61 und im nordd. Entwurf § 108 ist ausdrücklich ausgesprochen, daß der Beitritt des Litisdenunciaten nicht als Anerkenntniß gelte, daß der Streitverkünder den Rückgriff wider ihn habe. Diese Schlußfolgerung liegt keineswegs im Wesen der Sache und bedarf daher nicht der Ausschließung durch das Gesetz. Es ist vielmehr im einzelnen Falle Sache der freien richterlichen Würdigung, ob aus dem Beitritte

---

[9]) Ein solches Interesse kann bei einem s. g. judicium duplex leicht vorkommen.

[10]) Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs wurde die Ansicht geltend gemacht, daß nur der Zeitpunkt der Möglichkeit des Beitritts überhaupt für die Wirkung des Urtheils gegenüber dem Nebenintervenienten entscheidend sein könne, gegen Intervenienten, welche ohne Schuld von dem Prozesse keine Kenntniß erlangten, sei ein Präjudiz ungerechtfertigt, dagegen aber mit Recht hervorgehoben, daß hier nicht von einer eigentlichen Rechtskraft, sondern nur von der Abschneidung der excep. mali processus die Rede sei. Prot. z. nordd. E. S. 152.

und den Umständen, unter denen er erfolgte, Beweisgründe für eine Vertretungspflicht des Litisdenunciaten entnommen werden.[11]) Bei Berathung in der Justizkommission wurde der Antrag gestellt, dem § 71 beizusetzen: „der Beitritt allein gilt nicht als Anerkenntniß, daß der Streitverkünder einen Rückgriff habe“ aber abgelehnt.[12])

Ueber die Kosten der Streitverkündung ist § 87 Abs. 1 und § 96 zu vergleichen. Das Gericht hat zu unterscheiden, ob die Streitverkündung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung geboten war und wenn in diesem Falle der Litisdenunciat nicht beigetreten ist, der Litisdenunciant aber gleichwohl Sieger im Rechtsstreite blieb, hat ihm der Gegner die Kosten der Streitverkündung zu ersetzen.[13])

§ 72.

Wird von dem verklagten Schuldner einem Dritten, welcher die geltend gemachte Forderung für sich in Anspruch nimmt, der Streit verkündet, und tritt der Dritte in den Streit ein, so ist der Beklagte, wenn er den Betrag der Forderung zu Gunsten der streitenden Gläubiger gerichtlich hinterlegt, auf seinen Antrag aus dem Rechtsstreit unter Verurtheilung in die durch seinen unbegründeten Widerspruch veranlaßten Kosten zu entlassen und der Rechtsstreit über die Berechtigung an der Forderung zwischen den streitenden Gläubigern allein fortzusetzen. Dem Obsiegenden ist der hinterlegte Betrag zuzusprechen und der Unterliegende auch zur Erstattung der dem Beklagten entstandenen, nicht durch dessen unbegründeten Widerspruch veranlaßten Kosten, einschließlich der Kosten der Hinterlegung, zu verurtheilen.

Der § 72 war nicht im Entwurfe enthalten, sondern wurde erst durch die Justizkommission des Reichstags geschaffen. Bei

---

[11]) Es ist darauf aufmerksam zu machen, daß einzelne der angezogenen Gesetze eine Verbindung der Gewährschaftsklage mit der Streitverkündung zuließen.

[12]) Prot. d. J.K. S. 26—27.

[13]) A. M. Siebenhaar, Comm. z. C.P.O. S. 121.

der ersten Lesung wurde lediglich von einer Seite die Bestimmung über die Kosten beanstandet,[1]) bei der zweiten der Satz eingeschaltet „nicht durch dessen unbegründeten Widerstand veranlaßten", endlich in der 163. Sitzung die jetzige Fassung, abgesehen von einzelnen Redaktionsänderungen, beschlossen, obgleich der §, namentlich vom Boden des preußischen Rechts beleuchtet, theils als überflüssig, theils als sehr bedenklich bestritten wurde.[2])

„geltend gemachte Forderung" ist in der eigentlichsten Bedeutung des Wortes zu verstehen, es handelt sich lediglich um eine Geldforderung[3]) und nicht einmal nur einen eine solche repräsentirenden Werthgegenstand, wie Werthpapiere. Das geht klar aus den Worten „Betrag der Forderung" hervor, welcher hinterlegt werden soll.[4]) Betrag der Forderung und Forderungsgegenstand sind nicht dasselbe, bei dem Letzteren kann man, wenn er nicht in einer Geldsumme besteht, auch nur von dem „Werthe" sprechen, der zudem erst zu bestimmen wäre. Werthpapiere u. dgl. sind „Sachen"[5]) und würde hier der auf Herausgabe Beklagte unter Umständen von § 73 Gebrauch machen können, aber nicht von § 72.

---

[1]) Der § hatte hier die Einschaltung „unter Verurtheilung u s. w." nach den Worten: „aus dem Rechtsstreit" nicht, sondern nur den Schluß: „der Unterliegende hat auch die Kosten, welche für den Beklagten entstanden sind, einschließlich der Kosten der Hinterlegung, zu ersetzen."

[2]) Prot. d. J.K. S. 27, 512—514, 657—659. Prot. v. 19. Okt. 1876 S. 1 mit Anlage C. Der Vertreter des Bundesraths v. Kortbaum II bemerkte namentlich: Nach preußischem Rechte sei der Schuldner im Falle des § 70a (nun 72) unzweifelhaft verpflichtet, zu deponiren. Dieser Paragraph greife also erheblich in das preußische Recht ein. Ein Zweifel, ob hier wirklich ein Fall der Streitverkündung vorliege, lasse sich vielleicht vom Standpunkte des gemeinen Rechts erheben, vom Standpunkte des Entwurfs aus sei ein solcher Zweifel nicht denkbar.

[3]) A. M. Seuffert, C.P.O. zu § 72 Nr. 3.

[4]) Auch in der Justizkommission war man wohl nur dieser Ansicht, dort war immer nur von einer Forderung im Gegensatze zu einer „Schuld" die Rede. Vergl. die in der vorgehenden Note angeführten Allegate.

[5]) Im achten Buch, dritter Abschnitt § 770 werden sie unter den „Sachen" angeführt. Vergl. auch §§ 722—724. Ebenso zählen sie die Art. 306—309 A.D.H.G. zu den Sachen.

§ 72 scheidet aus, wenn die Forderung in einer Widerklage geltend gemacht wird,[6]) das mag ein Beispiel zeigen. A. belangt den B. auf Herausgabe eines Depositums, B. excipirt, daß er hiezu nicht verpflichtet sei, weil das Depositum zur Sicherheit eines dem A. gemachten Darlehens gegeben sei und verlangt dessen Zahlung mit Widerklage. A. weiß, daß B. dieses Darlehen an C. cedirt hat und letzterer es beansprucht, verkündet dem C. den Streit und deponirt den Betrag. Trotzdem kann A. nicht aus dem Prozesse austreten, weil dieser bezüglich der Klage mit B. fortgesetzt wird, ein besonderer Prozeß zwischen B. und C. wegen des Widerklagspostens nicht statthaft ist, da bei dem rechtlichen Zusammenhange der Klage mit der Widerklage eine Trennung nicht stattfindet (§ 136 Abs. 2), und wird nur übrig bleiben, daß C. als Intervenient in den Streit eintritt.

So lange die Hauptklage noch nicht definitiv entschieden ist, würde eine Widerklage, bei welcher der Hauptkläger nicht mehr als Widerbeklagter am Streite Theil nehmen würde, sondern für ihn ein Dritter, eine Negation ihres eigenen Begriffs enthalten. Ob unter Umständen eine Trennung von Klage und Widerklage stattfinden kann, ist nicht entscheidend. Eine Ausnahme kann nur stattfinden, wenn die Klage durch Zahlung, Zurücknahme und dergleichen (§ 243) wegfällt und nur die Widerklage bleibt, die aber dann in der That keine Widerklage mehr ist, wenn auch das Gericht zuständig bleibt, denn auch die Widerklage kann in diesem Falle zurückgenommen und bei dem sonst zuständigen Gerichte als „Klage" geltend gemacht werden.

„für sich in Anspruch nimmt". Der § denkt an die Fälle der Hauptintervention, aber doch mit einer Beschränkung. Die Worte „ganz oder theilweise" in § 61 sind hier gewiß nicht ohne Absicht weggelassen. Ein nur theilweises in Anspruch nehmen würde ja dem verklagten Schuldner nichts nützen, für den nicht

---

[6]) Mit Unrecht behauptet Seuffert, C.P.O. zu § 72 Nr. 2 ohne Motivirung, Voraussetzung sei, daß eine Forderung durch Klage oder Widerklage geltend gemacht werde. Vergl. auch die Bemerk. zu § 243 unter „ohne Einwilligung des Beklagten".

in Anspruch genommenen Theil könnte er nicht ausscheiden.[7]) Wenn A. gegen B. 700 ℳ einklagt, von denen B. weiß, daß 300 ℳ an C. cedirt sind, er deponirt diese, so kann C. auf Streitverkündung nur dann in den Streit eintreten, wenn B. die fehlenden 400 ℳ an den Kläger zahlt. Dann ist aber lediglich die cedirte Forderung der Streitgegenstand, welche ganz, nicht zum Theil, in Anspruch genommen wird.

Uebrigens bedeuten die Worte „für sich in Anspruch nimmt" nicht, daß deßhalb von dem Dritten schon geklagt wurde, sondern gleichwie in § 61 nur die Ansicht des Dritten, daß er zur Klage statt des bisherigen Klägers berechtigt sei, wenn der Schuldner nicht zahle.[8]) Wenn verschiedene Personen wegen derselben Forderung schon gegen den Schuldner geklagt haben,[9]) kann er von § 72 keinen Gebrauch machen, aber er kann in dem Prozesse mit dem Einen dem Andern den Streit verkünden, damit der Eine oder der Andere als Nebenintervenient auftritt.[10]) Ebenso wenig kann der verklagte Schuldner von § 72 Gebrauch machen, wenn der Dritte, ohne daß ihm der Streit verkündet wurde, als Nebenintervenient oder aber nach § 61 als Hauptintervenient aufgetreten ist.[11])

„gerichtlich hinterlegt". Bei der Diskussion in der Justizkommission wurde von Regierungsrath v. Hagens darauf hingewiesen, daß nach preußischem Rechte die Deponirung nicht als

---

[7]) Deßhalb ist unrichtig, als Voraussetzung des Antrags auf Entlassung aus dem Rechtsstreite auch gelten zu lassen, daß ein Dritter die eingeklagte Forderung theilweise für sich in Anspruch nimmt, wie dies Seuffert C.P.O. zu § 72 Nr. 2 und Puchelt C.P.O. S. 280 Nr. 4 geschieht.

[8]) Letzterer muß also bei Anwendung des § 72 von diesem Dritten Kenntniß haben.

[9]) Z. B. A klagt als Erbe des C. gegen B. aus einem zwischen diesem und C. geschlossenen Kaufvertrage den rückständigen Kaufschilling bei dem forum contractus ein, während D. zu gleicher Zeit wegen dieses Kaufschillings bei dem Domicilsgerichte des B. gegen diesen, weil ihm C. diesen geschenkt oder cedirt habe, Klage erhebt.

[10]) Vergl. die Bemerkungen zu § 71.

[11]) Vergl. zu § 61 unter den Worten: Es erübrigt noch eine Bemerkung u. s. w. S. 331 a. E.

Zahlung gelte, wenn die vom Schuldner der Legitimation des Gläubigers entgegengesetzten Zweifel als unbegründet verworfen werden, daß vielmehr die Deponirung auf Gefahr und Kosten des Schuldners geschehen sei, und daß ein Streit über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der Deposition zwischen dem Gläubiger und Schuldner ausgetragen werden müsse, gegen diesen Satz verstoße § 72. Dagegen ist zu bemerken, daß § 72 den verklagten Schuldner auf Antrag aus dem Prozesse entläßt, sich aber mit der Frage über die civilrechtliche Wirkung der Deponirung einer Geldsumme oder wer die Gefahr des Verlusts bei der Deponirung zu tragen habe,[12]) nicht beschäftigt.[13]) Wenn das Gesetz dem Schuldner das Recht zur Deponirung einräumt, so kann nicht er, sondern nur derjenige, der die Deposition durch seine unberechtigte Inanspruchnahme verursachte, für die Kosten der Deponirung haftbar sein.[14]) Die Art der Deponirung richtet sich nach den landesgesetzlichen Bestimmungen und Depositalordnungen.

Es wurde bei Berathung des § auch die Frage angeregt, wie es mit den Verzugzinsen stehe? Darauf ist zu antworten, daß der Schuldner die ganze Forderung, also auch die fälligen oder Verzugzinsen[15]) bis zum Tage der Deponirung entrichten muß, denn nur durch Deponirung der ganzen geltend gemachten Forderung wird er aus dem Prozesse entlassen.

„auf seinen Antrag". Der Antrag ist erst dann zulässig, wenn der Schuldner den Streit verkündet und gerichtlich deponirt

---

[12]) Gefahr wegen Verschlechterung kann auch bei einer Geldsumme in Frage kommen, wenn die Münzen im Curswerthe zurückgehen oder ihr Werth herabgesetzt wird.

[13]) Vergl. über diese Frage: Thibaut Pand. § 666. Code civil Art. 1257, 1258, 1260. Preuß. L.R. Thl. I. Tit. 16 § 230. Förster, Preuß. Pr.R. Bd. I § 92. Bayer. L.R. Thl. IV, c. XIV § 15. Sächs. bürg. G. §§ 756—760.

[14]) Anders wenn nur ein Gläubiger und ein Schuldner einander gegenüber stehen, und der Grund, aus welchem hier die Deponirung erfolgte, sich als nur unberechtigt angenommen erweist, wofür das Preuß. L.R. Beispiele an die Hand gibt.

[15]) Vorausgesetzt natürlich, daß eine Verpflichtung hiezu besteht.

hat. Ueber die Form des Antrags enthält der § keine besondere Bestimmungen, er kann deßhalb im Parteiprozesse selbst von dem Schuldner zum Protokoll des Gerichtsschreibers gestellt oder schriftlich eingereicht werden, im Anwaltsprozesse dagegen ist er durch einen Anwalt einzureichen. Unterläßt der verklagte Schuldner einen Antrag zu stellen, so bleibt er trotz der Hinterlegung Hauptpartei und der Dritte, der in Folge der Streitverkündung in den Prozeß eingetreten ist, Nebenintervenient. Ein Widerspruch des Litisdenunciaten und seines Gegners gegen die Entlassung des Schuldners aus dem Rechtsstreite findet nicht statt, ob die Voraussetzung zur Entlassung gegeben sind, bleibt der Beurtheilung des Gerichts überlassen; sind aber diese Voraussetzungen gegeben, dann muß der verklagte Schuldner aus dem Rechtsstreite entlassen werden. Diese Entlassung ist als Endurtheil zu betrachten, denn es wird dadurch der zwischen den ursprünglichen Parteien schwebende Rechtsstreit entschieden, der Rechtsstreit wird zwischen dem ursprünglichen Kläger und einem neuen Beklagten fortgesetzt; gegen eine solche Entlassung sind alle gegen Endurtheile gegebenen Rechtsmittel zulässig. Dagegen ist die Abweisung des Antrags, wenn auch nicht als Zwischenurtheil zu betrachten, da ja ein Zwischenstreit (§ 275) nicht vorhanden, doch eine Entscheidung, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen wird, gegen das aber, weil im Gesetze nicht hervorgehoben, eine Beschwerde nicht stattfindet (§ 530). Dagegen kann diese Entscheidung mit dem nächsten appelebeln Urtheile angefochten werden (§ 473).

„in die durch seinen unbegründeten Widerstand veranlaßten Kosten". Das Gesetz schreibt nicht vor, daß der Schuldner sofort nach der Klagzustellung den Streit verkünden oder hinterlegen müsse. Es wurde schon bei der zweiten Lesung bemerkt,[16]) daß es möglich sei, daß der beklagte Schuldner, bevor er sich zur Hinterlegung entschließe, unbegründete Einreden vorgebracht habe, in welchem Falle kein Grund vorhanden sei, ihn ohne Kosten aus dem Prozesse zu entlassen. Ueberhaupt basirt der § 72 auf den Grundsätzen der Streitverkündung, so daß die davon abhängige

[16]) Pr. d. J.K. S. 513.

Deponirung in der höchsten Instanz und bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits stattfinden kann (§ 69). Der verklagte Schuldner muß wohl alle bis zur Deponirung erwachsenen Kosten (durch Einlegung von Rechtsmitteln, Zeugenvernehmung u. s. w.) tragen, denn sie erscheinen insofern immer als durch unbegründeten Widerspruch entstanden, als er nach der Klagstellung sofort deponiren und den Antrag auf Entlassung aus dem Rechtsstreite stellen konnte. Dagegen können die nach der Entlassung erwachsenen Kosten den aus dem Rechtsstreite Entlassenen niemals treffen.

„zwischen den streitenden Gläubigern allein fortzusetzen". Aber auch hier kommt § 64 zur Anwendung. Der Dritte muß den Prozeß in der Lage nehmen, in der ihn der Beklagte verläßt, und kann von diesem Versäumtes nicht nachholen, nicht einmal im Wege der Restitution, weil er nicht neben dem Beklagten und zu dessen Unterstützung handelt.[17]) Zustellungen und Ladungen erfolgen an die neue Partei statt der ausgeschiedenen, ebenso sind alle Verfügungen, Entscheidungen, Urtheile auf den Namen der neuen Partei zu erlassen, der Rechtsstreit zwischen den früheren Parteien ist beendigt.

§ 73.

Wer als Besitzer einer Sache verklagt ist, die er im Namen eines Dritten zu besitzen behauptet, kann, wenn er diesem vor der Verhandlung zur Hauptsache den Streit verkündet und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung ladet, bis zu dieser Erklärung oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem sich der Benannte zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache verweigern.

Bestreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten oder erklärt er sich nicht, so ist der Beklagte berechtigt, dem Klagantrage zu genügen.

---

[17]) Hat der Beklagte etwas versäumt, was sich nicht mehr nachholen läßt, wird der Litisdenunciat besser als Hauptintervenient auftreten.

Wird die Behauptung des Beklagten von dem Benannten als richtig anerkannt, so ist dieser berechtigt, mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle den Prozeß zu übernehmen. Die Zustimmung des Klägers ist nur insoweit erforderlich, als derselbe Ansprüche geltend macht, welche unabhängig davon sind, daß der Beklagte im Namen eines Dritten besitzt.

Hat der Benannte den Prozeß übernommen, so ist der Beklagte auf seinen Antrag von der Klage zu entbinden. Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Beklagten wirksam und vollstreckbar.

Die Motive bemerken hiezu: Wer eine Sache in fremdem Namen besitzt ist zwar berechtigt, wenn er auf Restitution oder Exhibition derselben belangt wird, demjenigen, für welchen er besitzt, den Streit zu verkünden, allein er erreicht durch diese Streitverkündung nicht den Erfolg, welcher seinem Verhältnisse zur Sache entsprechend ist. Hat er kein eigenes persönliches Recht an der Sache zu schützen, so ist er an dem Ausgange des Rechtsstreits, in welchen er verwickelt werden soll, persönlich nicht interessirt. Er muß daher wünschen, daß er von seinem Autor nicht blos in der Prozeßführung unterstützt, sondern der Last derselben, der Verpflichtung zur Defension der Sache, gänzlich enthoben werde. Um diesem Wunsche gerecht zu werden, bedürfen die Bestimmungen über die Streitverkündung einer Erweiterung. Es muß einerseits die Möglichkeit gegeben sein, daß der Autor den Prozeß auch gegen den Willen des Klägers übernehme und demgemäß der alieno nomine possidens aus dem Prozesse ausscheiden kann. Andererseits muß aber dem Beklagten gestattet werden, wenn der Autor die Defension nicht übernehmen oder nicht unterstützen will, auch seinerseits die Vertheidigung abzulehnen, ohne für die daraus entspringenden Folgen verantwortlich zu sein. Beide Zwecke erzielt die laudatio autoris. Wenn sie auch für den hauptsächlichsten Anwendungsfall — für die rei vindicatio bei Immobilien — in Folge der Durchführung des Grundbuchsystems ihre praktische Bedeutung verlieren mag, so konnte sich die Civilprozeßordnung der Aufnahme derselben um so

weniger entziehen, als sie nach einzelnen Landesgesetzen in bestimmten Fällen geboten ist.[1])

Ueber die civilrechtlichen Fragen, in welchen Fällen eine Benennung des Auktors nothwendig sei und welche Folgen deren Unterlassung nach sich zieht, enthält sich der § 73 jeder Bestimmung.[2])

„Als Besitzer". Der § 73 gestattet die Nomination jedem Beklagten, welcher behauptet im Namen eines Dritten zu besitzen. Es kommt nicht darauf an, daß er wirklich im Namen eines Dritten besitzt, sondern nur auf die Behauptung, daß dieß wirklich der Fall sei,[3]) er muß behaupten, nur Detentor zu sein. Die Nomination setzt übrigens voraus, daß der richtige Beklagte belangt ist, sie will nur den Prozeß übernehmen Seitens des wahrhaft Interessirten, hat also mit der Passivlegitimation nichts zu schaffen.[4]) Die Nomination setzt aber auch voraus, wie schon aus der mitgetheilten Stelle der Motive hervorgeht,[5]) daß der Nominant kein eigenes Interesse an der Sache hat, und er darf beispielsweise nicht austreten, wenn ihm an der Sache, deren Herausgabe verlangt wird, ein Retentionsrecht oder Pfandrecht zusteht.[6])

„einer Sache". Das Wort Sache ist in der engern Bedeutung gebraucht, es bedeutet eine körperliche Sache,[7]) beweg-

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 71. Solche Fälle finden sich im preuß. L.R. Thl. I Tit. 7 §§ 165, 166, 174, Tit. 15 §§ 11 ff., im Code civil Art. 1727. Das bayer. L.R. kennt die Benennung des Auktors nicht, sie ist für dessen Gebiet ein rein prozessuales Institut. Das sächs. bürg. Ges. führt die Benennung des Auktors in den §§ 320, 324, 534 an (Negatorien- und Confessorienklage vergl. Anm. 8). Württemberg hat keine besonderen Bestimmungen.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu § 71 a. E.

[3]) Prot. z. hann. E. S. 5844.

[4]) Prot. z. nordd. E. S. 170.

[5]) „Hat er kein eigenes persönliches Recht an der Sache zu schützen."

[6]) Prot. z. nordd. E. S. 173. Er darf sein Recht nicht geltend machen. Daß er es geltend machen könnte, steht seinem Austritte nicht entgegen.

[7]) Prot. z. nordd. E. S. 171. „Sachlich wurde die Commission einig, daß die Nomination in allen Fällen statthaft sein sollte, wenn der als Besitzer einer körperlichen Sache Beklagte in fremdem Namen zu besitzen behaupte." Ein Antrag, die Nomination auch zuzulassen wegen Ausübung einer Dienstbarkeit

liche wie unbewegliche. Die Nomination findet nicht nur bei dinglichen und diesen gleich geachteten Klagen statt, sondern ist bei allen Klagen zulässig, welche nach dem bürgerlichen Rechte gegen den Besitzer einer Sache als solchen erhoben werden können. Insoweit ist sie daher auch bei der konfessorischen und negatorischen Klage möglich.[8])

Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs wurde die Frage angeregt, ob eine Nomination zulässig sei, wenn neben dem Hauptrechte Accessionen eingeklagt seien, für die der Besitzer als solcher nicht hafte. Man nahm jedoch eine Bestimmung über eine theilweise Nomination nicht auf, da eine Spaltung der Parteirollen in einem Verfahren nicht zulässig sei und fand einen Ausweg in der Behandlung des Streits über das Hauptrecht als Präjudizialsache. Von einer Seite wurde bemerkt, der Nominant habe in diesem Falle ein eigenes Interesse, und dürfe gar nicht ausscheiden.[9])

---

oder eines anderen Rechtes in fremdem Namen wurde durch die Ablehnung des hannov. Entw. § 62, Abs. 2 (vergl. die folgende Anmerkung) als beseitigt erachtet.

[8]) Bes. Begr. d. E. zu § 71. Die Bedeutung und Tragweite des Wortes „Insoweit" in den Motiven wird durch die Berathung des nordd. Entw. erläutert. § 62 Abs. 2 des hannov. Entw., wornach die Nomination auch Anwendung finden sollte, wenn Jemand wegen Ausübung einer Dienstbarkeit oder eines anderen dinglichen Rechts belangt wird, welche er in fremdem Namen auszuüben behauptet, wurde bei Berathung des norddeutschen Entwurfs abgelehnt, man war jedoch einig, daß so weit nach materiellem Recht eine konfessorische oder negatorische Klage gegen den Besitzer als solchen gerichtet werden könne, die Nomination zulässig sei. Prot. z. nordd. Entw. S. 173. Dieß wollen auch die Motive sagen.

[9]) Prot. z. nordd. E. S. 174. Diese Bemerkung ist richtig, sofern der Wechsel der Person ohne Zustimmung des Klägers durchgeführt werden soll. Außerdem wird der Schlußsatz des Abs. 3 des § anzuwenden sein, aber es möchte sehr fraglich sein, ob der ursprünglich Beklagte es in einem solchen Falle in seinem Interesse findet, die Durchführung des Prozesses trotz seines eigenen Interesses am Ausgange einem Dritten zu überlassen und auch der Kläger wird Anstand nehmen, seine Zustimmung zum Austritt des ursprünglich Beklagten zu ertheilen.

„verklagt ist". Der § setzt voraus, daß die Klage erhoben und damit der Streit rechtshängig geworden ist. Wird A. von B. zur Herausgabe einer Sache außergerichtlich aufgefordert, welche Letzterer im Namen des C. zu besitzen behauptet, so kann B. von der Bestimmung des § 73 keinen Gebrauch machen.[10])

„vor der Verhandlung zur Hauptsache". Wie mit der erhobenen Klage die Frist zur Nomination beginnt, so endigt sie mit dem Eintritte in die Hauptverhandlung. Die Nomination ist also auch dann noch zulässig, wenn die Parteien zur Hauptverhandlung erschienen, diese aber wegen Vorbringens einer prozeßhindernden Einrede vertagt wurde (§§ 247, 248). Unstatthaft ist aber die Nomination in dem Termine, in welchem die Hauptverhandlung stattfindet. Die Nomination ist nicht unter den prozeßhindernden Einreden aufgeführt, der Richter kann sie daher auch nicht als solche zulassen, auch kann sie in dem Termine nur mündlich erhoben werden, während sie an eine bestimmte schriftliche Form gebunden ist. Wenn daher die Parteien in die Verhandlung nach § 128 eintreten und der Beklagte benennt hier den Auktor, so kann dieser Nomination nur die Wirkung einer gewöhnlichen Einrede zugestanden werden. Der Beklagte ist zur Verweigerung der Verhandlung zur Hauptsache nur dann berechtigt, wenn die Nomination stattgefunden hat, und der Schluß des Termins zur Erklärung hierauf noch nicht eingetreten ist.[11])

„den Streit verkünden". Darin liegt die Vorschrift, daß sich der Nominant den Bestimmungen des § 70 über die Form der Streitverkündung unterwerfen muß. In der Regel wird schon durch die Abschrift des Schriftsatzes dem Kläger der Auktor benannt werden. Sollte die Benennung aus dem Schriftsatze nicht hervorgehen, muß sie besonders erfolgen.

„bis zu dieser Erklärung". Die Motive bemerken: „Die Nomination erfolgt dadurch, daß vor der Verhandlung zur Hauptsache der Beklagte dem Benannten den Streit verkündet und ihn

---

[10]) Wohl aber ist hier nach einzelnen Landesrechten eine Streitverkündung zulässig.

[11]) Vergl. die folgende Anmerk. 12.

zu einem Termine behufs seiner Erklärung ladet." Das stimmt nicht mit der Alternative des § 73. Der Beklagte muß allerdings den Benannten zu einem Termine laden lassen, zu welchem Zwecke am geeignetsten der Schriftsatz vor Mittheilung an den Benannten nach § 193 zur Bestimmung des Termins eingereicht wird,[12]) aber nach der Bestimmung des § 73 kann sich der Benannte auch vor diesem Termine erklären und bei einer Erklärung im Sinne des Abs. 3 Satz 1 jeden Termin überflüssig machen. Einen Zweck hat derselbe nur dann, wenn er zugleich dazu dient, die Zustimmung des Beklagten, eventuell des Klägers zur beantragten Uebernahme festzustellen, bezw. hierüber zu verhandeln. Der Kläger ist auf jeden Fall zu diesem Termine zu laden. Die Aufforderung zur Erklärung unter Androhen eines Präjudizes zu erlassen, ist nicht gestattet und nicht nothwendig, da das Gesetz die Folgen der Unterlassung der Erklärung ausspricht. Das Gesetz sagt nicht, auf welche Weise diese Erklärung zu erfolgen hat. Da der Benannte „Litisdenunciat" ist, so richtet sich diese Erklärung, wenn sie vor dem bestimmten Termine abgegeben werden will, ganz nach den Vorschriften für die Erklärung auf eine Streitverkündung, es hat also das Anerkenntniß der Richtigkeit der Behauptung des Beklagten durch einen Schriftsatz zu erfolgen (§ 71 Abs. 1 und § 67) und zwar, da dem Kläger wenigstens ein beschränktes Widerspruchsrecht zusteht, an beide Parteien. Will der Kläger von dem Widerspruchsrecht insoweit es ihm zusteht Gebrauch machen, so ist nach § 68 zu verfahren.

„unter Benennung an den Kläger". Auch die Art der Benennung ist vom § nicht näher bezeichnet, sie kann nur mittelst Schriftsatzes, im Parteiprozesse auch durch Erklärung zum Protokoll des Gerichtsschreibers erfolgen.

---

[12]) Der Vorsitzende wird gut daran thun, wenn er diesen Termin vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt oder mit letzterem verbindet, da hiedurch eine wesentliche Abkürzung des Verfahrens erzielt werden kann. Ist das Eine oder andere wegen Kürze der Zeit, Entfernung des Nominaten nicht möglich, muß die Verhandlung zur Hauptsache vertagt werden, wenn der Beklagte von der Einlassungs-Verweigerung Gebrauch macht.

„Wird die Behauptung des Beklagten von dem Benannten als richtig anerkannt, so ist dieser berechtigt“. Wenn aber der Berechtigte trotz der Zustimmung des Nominanten von seiner Berechtigung keinen Gebrauch macht? Die Motive bemerken: „Anerkennt der Benannte die Behauptung des Beklagten, so ist er berechtigt, mit Zustimmung des Beklagten den Prozeß zu übernehmen. Will der Beklagte als Hauptpartei im Prozesse verbleiben, so kann ihm der Benannte nach § 63 als Nebenintervenient assistiren“. Das paßt nur auf den Fall, daß der Nominant dem Benannten, der zur Uebernahme des Prozesses bereit ist, die Zustimmung hiezu verweigert, was ja ganz in seinem Ermessen steht. Es kann aber nicht mehr auf den Willen des Beklagten ankommen, wenn der Nominat trotz seines Anerkenntnisses den Prozeß nicht übernehmen will, der Beklagte muß da den Prozeß fortsetzen, da er dem Klagantrage nur genügen darf, wenn der Nominat seine Behauptungen bestreitet oder überhaupt keine Erklärung abgiebt. Will der Benannte trotz seines Zugeständnisses den Prozeß nicht übernehmen oder gestattet der Beklagte die Uebernahme nicht, so kann er nicht nur, wie bereits erwähnt als Nebenintervenient auftreten, sondern auch als Hauptintervenient gegen beide Parteien.[13]) Ebenso ist es aber auch dem Nominaten unbenommen, in dem zwischen dem Kläger und dem Auktor fortgesetzten Rechtsstreite als Nebenintervenient aufzutreten, sofern er ein rechtliches Interesse an der Entscheidung hat.[14])

„an dessen Stelle den Prozeß zu übernehmen“. Der Benannte kann hier nicht die Einrede der Unzuständigkeit vorschützen, wenn er dem Gerichte, bei dem geklagt wurde, selbst nicht unterworfen ist, er übernimmt für den richtigen Beklagten in einem durch die Klagzustellung anhängig gewordenen Rechtsstreite dessen Stelle; wohl kann er aber die Unzuständigkeit geltend machen,

---

[13]) S. 361.

[14]) Nicht ohne dieses. Prot. z. nordd. E. S. 173. Als Beispiel mag dienen, wenn der Miether einer Sache, die nach Ablauf einer längeren Zeit mit Rücksicht auf die Höhe des Miethpreises vertragsmäßig sein Eigenthum werden soll, auf Herausgabe der Sache belangt wird.

wenn das Gericht gegenüber dem Nominanten unzuständig ist. Der Umstand, daß der Beklagte nach Uebernahme des Prozesses auf Antrag von der Klage zu entbinden ist, ändert hieran nichts, er kann diesen Antrag erst stellen, wenn der Benannte den Prozeß übernommen hat und kann ihn auch urterlassen.

„Die Zustimmung des Klägers" d. h. zur Uebernahme des Prozesses durch den Benannten.

„welche unabhängig davon sind, daß der Beklagte im Namen eines Dritten besitzt". Dahin gehören beispielsweise die Fälle der Aftermiethe einer vom Beklagten gemietheten Sache, deren Herausgabe verlangt wird, die Herausgabe der Ernte eines Guts, die der Kläger vom Pächter gekauft hat u. dergl. Wird die Uebernahme des Prozesses trotz der Einwendungen des Klägers dem Benannten gestattet, so hat der Kläger gegen diese Entscheidung kein Rechtsmittel, erst die Entbindung des Beklagten von der Klage ist ein Endurtheil.[15])

„auf seinen Antrag". Die Zeit der Antragstellung ist dem Beklagten frei gegeben, er kann sofort nach der Erklärung des Benannten den Antrag auf Entbindung von der Klage stellen, aber auch später, natürlich aber vor Erlassung des Urtheils; er kann auch wie erwähnt im Prozesse verbleiben und es treten dann für den Benannten, der die Behauptungen des Beklagten als richtig anerkannt hat, die Bestimmungen des § 71 in Wirksamkeit. Wird aber der Beklagte auf seinen Antrag von der Klage entbunden, so ist dieß ein Endurtheil, welches ipso jure eintreten muß und gegen das es kein Rechtsmittel giebt.

„auch gegen den Beklagten wirksam und vollstreckbar". Dieser Satz ist eine natürliche Folge des Umstandes, daß der Beklagte den Kläger selbst an den Benannten verwiesen und erklärt hat, die Sache gehe ihn nichts an. Auf Grund des Urtheils kann gegen den ausgeschiedenen Beklagten die Restitution oder Exhibition der Sache mittelst Zwangsvollstreckung bewirkt werden[16]) und er hat hier kein Widerspruchsrecht, selbst wenn ihm ein Pfand- oder Retentionsrecht an der Sache zustehen sollte, denn

---

[15]) Vergl. zu § 72 S. 368. [16]) Bes. Begr. d. E. zu § 71.

wollte er dieß geltend machen, dann durfte er nicht austreten.[17]) Ueber die Kosten enthält § 73 keine Bestimmung.[18]) Ueber die Kosten des Beitritts des Benannten entscheidet § 96 in Verbindung mit § 87, denn der Benannte ist Nebenintervenient. Es muß das aber auch dann der Fall sein, wenn der Beklagte auf Antrag von der Klage entbunden wird. Er macht mit der Benennung auch gegenüber dem Kläger nur von einem ihm gesetzlich zustehenden Rechte Gebrauch, und wenn der Termin zur Erklärung für den Benannten später fällt, als der Termin zur mündlichen Verhandlung und dieser wegen Verweigerung zur Hauptverhandlung verlegt werden mußte, so können deßfallsige wie andere nothwendige Kosten, Anwaltsbestellung u. dergl., ihm nicht überbürdet werden. Auch diese muß der in dem fortgesetzten Prozesse unterliegende Theil tragen. Tritt aber der Beklagte nicht sofort nach der Erklärung des Benannten aus, sondern verbleibt noch eine Zeitlang am Prozesse betheiligt, so hat der Richter bei der Entbindung des Beklagten von der Klage über die hiedurch verursachten Kosten nach § 87 Abs. 1 und 91 zu entscheiden. Werden dem Beklagten Kosten überbürdet, so steht ihm hiegegen kein Rechtsmittel zu (§ 94).

Eine analoge Anwendung des Schlußsatzes des § 72 auf § 73 bezüglich des Kostenpunktes ist bei der hier für einen besonderen Fall gegebenen Spezialbestimmung ausgeschlossen.

Vierter Titel.

Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

§ 74.

Vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz müssen die Parteien sich durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen (Anwaltsprozeß.)

---

[17]) Prot. z. nordd. E. S. 173—174.

[18]) Bei Berathung des hannov. Entwurfs wollte man einen Vorbehalt machen, der Antrag wurde aber abgelehnt. Prot. z. hann. E. S. 4915—4916.

Diese Vorschrift findet auf das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter sowie auf Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, keine Anwendung.

Ein bei dem Prozeßgerichte zugelassener Rechtsanwalt kann sich selbst vertreten.

Mit diesem § hat sich die Civilprozeßordnung für den Anwaltszwang in allen nicht vor die Amtsgerichte gehörigen Prozessen einschließlich der Berufungen gegen amtsrichterliche Urtheile entschieden. Die Gründe hiefür gehören nicht hieher. Die Motive weisen indessen darauf hin, daß trotz des Anwaltszwangs die Parteien ihre Rechte selbstständig wahren können. „Die Vorschriften des Entwurfs — bemerken die Motive — machen die Parteien nicht mundtodt; sie dürfen jederzeit neben ihren Vertretern den Verhandlungen des Prozesses beiwohnen und die Vorträge der Anwälte beaufsichtigen, ergänzen und berichtigen (§§ 128, 81); das Gericht kann auch im Anwaltsprozesse zum Zwecke des Sühneversuchs das persönliche Erscheinen der Parteien vor Gericht anordnen und bei solcher Gelegenheit das Fragerecht gegen sie ausüben (§§ 268, 130, 132).[1]) Im Ehescheidungs- und Entmündigungsprozesse sind noch besondere Vorschriften gegeben, um den nothwendigen Kontakt zwischen dem Gerichte und den Parteien sicher zu stellen (§§ 572, 579, 598). Daneben sind die Bestimmungen über das Armenrecht in liberaler Weise geordnet (§§ 106 ff.), so daß durch die Festsetzung des Anwaltszwangs die Gefahr einer Beschränkung des Rechtswegs nicht zu besorgen ist.

„vor den Landgerichten". Damit ist entschieden, daß auch bei der Kammer für Handelssachen der Anwaltszwang besteht, sie sind wie die Civilkammern nur eine Abtheilung des Landgerichts.[2])

---

[1]) Bei der Anordnung des Gerichts zum Erscheinen der Partei sind die hierdurch entstandenen Kosten Prozeßkosten und von dem unterliegenden Theil zu tragen, erscheint aber die Partei freiwillig neben dem Anwalt, so entscheidet über Nothwendigkeit und den hierdurch bedingten Kostenersatz das Ermessen des Gerichts. § 87 Abs. 1.

[2]) Prot. d. J.K. S. 739—741.

„Gerichten höherer Instanz“. Das können nur die Oberlandesgerichte, ein oberstes Landesgericht und das Reichsgericht sein. Eine Ausnahme von den Bestimmungen des Abs. 1 des § liegt in § 532 Abs. 2.

„Die Parteien“. Bei Berathung des hannover'schen Entwurfs wurde darauf aufmerksam gemacht, daß der Ausdruck Partei (im hannover'schen Entwurf, was aber auch bei unserer Civilprozeßordnung der Fall ist) in einem doppelten Sinne gebraucht werde, in einem weiteren, den Vertreter mit umfassenden und in einem engeren, im Gegensätze zum Bevollmächtigten (dominus litis). In diesem letzteren Sinne umfasse er aber den gesetzlichen Vertreter der Partei nicht. Der Antrag, hinter „Parteien“ beizusetzen „oder deren gesetzliche Vertreter“ wurde abgelehnt, aber anerkannt, daß hier Partei im weiteren Sinne zu verstehen sei.[3]) Eine Ausnahme zu Gunsten einzelner Parteien ist nirgends im Gesetze gemacht;[4]) eine Partei, die im Anwaltsprozesse ohne Anwalt auftritt, gilt als nicht erschienen und kann nicht gehört werden, Schriftsätze, vorbereitende ausgenommen, die nicht von einem Anwalte unterschrieben sind, gelten als nicht eingereicht oder zugestellt. Daher muß auch der Fiskus in den Bundesstaaten, in denen er durch besondere Prozeßbevollmächtigte (Fiskale) bisher vor Gericht auftrat, im Anwaltsprozesse sich eines Rechtsanwalts bedienen.

„bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalts“. § 74 hat über den Grundsatz der Lokalisirung der Anwälte nicht entscheiden wollen, vielmehr die Bestimmung über dieses Prinzip der Anwaltsordnung vorbehalten.[5])

Der bei dem Prozeßgerichte aufgestellte Anwalt kann aber für die höheren Instanzen statt der von ihm vertretenen Partei einen Anwalt bestellen (§ 77).

Ueber die Form der Anwaltsbestellung hat die Civilprozeßordnung keine Bestimmungen, und diese wohl für überflüssig er-

[3]) Prot. z. hann. E. S. 197—199. Vergl. auch S. 272.

[4]) § 93 Abs. 3 des hannov. Entw. hat den Parteien die mündliche Verhandlung unter Beistand des Anwalts gestattet. Vergl. hierüber § 128 Abs. 4.

[5]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 72, 73. Nach der projektirten Anwaltsordnung sollen für die höhere Instanz besondere Anwälte zugelassen werden.

achtet, da die Klage die Unterschrift des Anwalts enthalten soll, die Gegenpartei also hieraus ersehen kann, wer gegnerischer Anwalt ist. Auf gleiche Weise erfährt der Kläger durch den vorbereitenden Schriftsatz der Gegenpartei, wen diese als Prozeßbevollmächtigten aufstellte. Fehlt es an einer solchen Unterschrift oder wurden vorbereitende Schriftsätze nicht gewechselt (§ 120 Abs. 1), so ist die Bestellung des Anwalts und die schriftliche Anzeige hievon an die Gegenpartei absolut nothwendig, wenn nicht die Partei als im Termine nicht vertreten erachtet werden will.

Die Bestimmungen über Vertretung der Parteien vor dem Reichsgerichte bei dort zugelassenem Rechtsstreite ist der Anwaltsordnung überlassen.

Die Civilprozeßordnung unterscheidet zwischen Bevollmächtigten und Beiständen (§ 86). Für den Anwaltsprozeß sind Letztere ausgeschlossen.

Die Civilprozeßordnung setzt voraus, daß schon die Klage im Anwaltsprozesse durch den von der klagenden Partei bestellten Anwalt erhoben wird. (§§ 121 Nr. 6, 230).[6] Die instanzeinleitenden Ladungen an den Gegner müssen im Anwaltsprozesse, um ordnungsgemäße zu sein, die Aufforderung enthalten, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen (§§ 192, 300 Nr. 2). Die Bestellung des Anwalts ist dem Prozeßgegner anzuzeigen und bleibt für denselben in Kraft, bis ihm die Bestellung eines andern Anwalts mitgetheilt ist.[7])

„als Bevollmächtigter“. Auch im Anwaltsprozesse bedürfen die Rechtsanwälte einer Vollmacht (§ 76), wenn diese auch hier nicht von Amtswegen zu berücksichtigen ist (§ 84).

„Diese Vorschrift findet auf — keine Anwendung“. Der Anwaltszwang wird nicht erfordert für Prozedurakte, welche sich nicht als grundsätzliche Bestandtheile der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte darstellen. Dahin gehören zu-

---

[6]) Vergl. hierüber die Anmerkung zu § 230 unter „außerdem finden die allgemeinen Bestimmungen — Anwendung“.

[7]) Bef. Begr. d. E. zu §§ 72, 73. Vergl. auch § 83.

nächst alle diejenigen einzelnen Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, z. B. die Gesuche, betreffend die Ablehnung einer Gerichtsperson § 44; betreffend Festsetzung der zu erstattenden Kosten § 98; um Bewilligung des Armenrechts § 109; um Aussetzung des Verfahrens § 225; um Entbindung von einem Zeugnisse § 351; betreffend Ablehnung eines Gutachters § 371; um Aufnahme von Beweisen zum ewigen Gedächtniß § 448; betreffend die Anbringung von Beschwerden § 532; von Arresten und Gesuchen um einstweilige Verfügungen §§ 800, 874, u. s. w. Sodann das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter z. B. §§ 313 ff., 326, 327, 337 Abs. 2, 340, 367, 399, 441. Hier fehlen innere und äußere Gründe des Anwaltszwangs.[8]) In solchen Fällen kann sich die prozeßfähige Partei selbst vertreten.[9])

Bei der Berathung des § in der Justizkommission des Reichstags stellte v. Puttkamer die Frage, ob der Partei, welche durch eine bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt vertreten wird, unbenommen sei, im Anwaltsprozesse einen Anwalt, welcher nicht bei dem Prozeßgerichte zugelassen sei, unter Assistenz ihres eigentlichen zum Prozeß bevollmächtigten Anwalts zur Plaidoirie beizuziehen? Direktor v. Amsberg bejahte die Frage mit dem Bemerken, Vertreter der Partei bleibe der zugelassene Anwalt.[10]) Die Frage ist aber unbedingt zu verneinen. Die Civilprozeßordnung enthält keine derartige Erlaubniß,[11]) das Gericht kann sie nicht ertheilen und § 77 berechtigt den bestellten Rechtsanwalt nur zur Bestellung eines andern bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalts.[12]) Die Vertretung der Partei durch einen nicht bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt kann Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge haben.

---

[8]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[9]) Für das Konkursverfahren sind §§ 64, 65, 127 der Konkursordnung zu vergleichen.

[10]) Prot. d. J.K. S. 514.

[11]) Wie dies in Art. 80 der bayer. P.O. geschehen ist. Auch § 87 Abs. 2 der Civilprozeßordnung spricht nicht für Bejahung der Frage. Vgl. zu § 87.

[12]) Ob die Anwaltsordnung hier Bestimmungen trifft, ist erst abzuwarten.

„ersuchten oder beauftragten Richter". Unter beauftragten Richter wird ein Mitglied des Prozeßgerichts, unter ersuchten Richter ein anderes Gericht verstanden.[13])

„kann sich selbst vertreten". Nicht nur in eigenen Prozessen, in denen der Rechtsanwalt „Partei" ist, kann er sich selbst vertreten, sondern auch, wo er als gesetzlicher Vertreter einer Partei auftritt.[14]) Dadurch wird er aber nicht verhindert, sowohl in eigenen als in Prozessen der Partei, deren gesetzlicher Vertreter er ist, einen andern Anwalt zu bestellen.

§ 75.

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, können die Parteien den Rechtsstreit selbst oder durch jede prozeßfähige Person als Bevollmächtigten führen.

Während das Verfahren vor den Landgerichten vorbehaltlich der in § 81 Abs. 2 gedachten Ausnahmen als „Anwaltsprozeß" konstruirt ist, hat die Civilprozeßordnung das Verfahren vor den Amtsgerichten derartig eingerichtet, daß die Parteien den Prozeß in Person oder durch Bevollmächtigte, welche nicht nothwendig Rechtsverständige sein müssen, führen können.[1])

„Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist". Das ist im Parteiprozesse und bei einzelnen Prozeßhandlungen auch im Anwaltsprozesse der Fall (§ 74). Im § 75 handelt es sich um die Prozeßführung, also um Prozesse vor dem Amtsgerichte. Die Motive sagen auch „den Gegensatz zum Anwaltsprozesse bilden die Prozeßarten, in denen eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, Bayern hat Art. 78 hiefür den Gattungsnamen „Parteiprozeß". Aber die Motive selbst bedienen

---

[13]) G.V.G. § 158 bestimmt: das Ersuchen um Rechtshülfe ist an das Amtsgericht zu richten, in dessen Bezirke die Amtshandlung vorgenommen werden soll. Vergl. die Bemerk. zu § 151.

[14]) Vergl. die Bemerkungen zu § 76.

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 72, 73.

sich dieses Ausdrucks [2]) und er wird auch im Kommentar beibehalten.

„Die Parteien den Rechtsstreit selbst". Vorausgesetzt, daß sie prozeßfähig sind. Deßhalb können juristische Personen auch im Parteiprozesse sich nicht selbst vertreten (§ 51).[3])

„durch jede prozeßfähige Person". Die Motive bemerken hiezu: Im Parteiprozesse kann nach § 75 jede Person, welche prozeßfähig ist (§§ 50 ff.), zum Bevollmächtigten bestellt werden. Damit wird deutlich ausgesprochen, daß juristische Personen, Vereine, Gemeinden u. s. w. nicht zur Prozeßführung bevollmächtigt werden können, damit wird aber auch ausgesprochen, daß juristische Personen und andere Personenvereine nicht als Prozeßbevollmächtigte aufgestellt werden können, um andere Personen zu substituiren, also auch nicht Handelsgesellschaften oder Handelsfirmen.[4]) Wem selbst kein Mandat übertragen werden kann, der kann es auch nicht weiter übertragen. Dem steht nicht entgegen, daß in den Motiven zu § 72, 73 III bemerkt wird: „es ermöglicht der Ausschluß des Anwaltszwangs (bei den projektirten Handelsgerichten) die Aufrechterhaltung der kaufmännischen Sitte, die Handelsprozesse durch Geschäftsfreunde am Orte des Handelsgerichts führen zu lassen." Der Geschäftsfreund ist immer die physische Person.[5]) Dagegen folgt aus § 51 ohne Weiteres, daß Frauen von der Prozeßführung als Bevollmächtigte nicht ausgeschlossen sind.[6]) Uebrigens ist die Bedeutung der Worte

---

[2]) Z. B. Bes. Begr. d. E. a. a. O. unter III Abs. 3 „Im Parteiprozesse" zu § 82, letzter Absatz, zu §§ 206—208 erster Abs. a. E.

[3]) Vergl. auch die Bemerk. zu § 143.

[4]) Auch wenn dieselben nur einen Inhaber haben, weil es sich bei derartigen Vertretungen nicht um Handelsgeschäfte handelt, die Firma sohin nur abusive für den persönlichen Namen gebraucht wurde, A.D.H.G. Art. 15.

[5]) Gemeinrechtlich wird die Anwendbarkeit der civilrechtlichen Bestimmungen des Mandats auf die Prozeßvollmacht anerkannt — Sintenis, Civ.R. § 113 Anm. 27 — aber die Substitution im Prozesse ist hier ausgeschlossen; fr. 8 § 3 D. (XVII, 1), fr. 74 D. (III, 3).

[6]) Bes. Begr. d. E. a. a. O. Prot. z. hann. E. S. 1005—1010. Prot. z. nordd. E. S. 254.

„durch jede prozeßfähige Person" nicht die, daß eine beschränkte Prozeßfähigkeit von der Bevollmächtigung zur Prozeßführung unbedingt ausschließe. Eine wegen Verschwendung unter Kuratel gestellte Person ist gemeinrechtlich nur bei den sie betreffenden vermögensrechtlichen Angelegenheiten nicht prozeßfähig,[7]) sie kann dabei ein vorzüglicher Jurist sein und unbedingt als Prozeßbevollmächtigter einer Partei auftreten.

Auch Richter können Prozeßbevollmächtigte im Parteiprozesse sein,[8]) selbst wenn sie früher als Richter in demselben Prozesse thätig waren,[9]) aber nicht in Prozessen bei dem Amtsgerichte, dem sie angehören. Dem steht das Prinzip entgegen, daß ein auch mit mehreren Richtern besetztes Amtsgericht nur als Einzelrichter zu betrachten ist.[10]) Ausländer sind unter der Voraussetzung des § 53 als Prozeßbevollmächtigte zuzulassen.

§ 76.

Der Bevollmächtigte hat die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen und diese zu den Gerichtsakten abzugeben.

Eine Privaturkunde muß auf Verlangen des Gegners gerichtlich oder notariell beglaubigt werden. Bei der Beglaubigung bedarf es weder der Zuziehung von Zeugen noch der Aufnahme eines Protokolls.

Die §§ 76—83 enthalten die nothwendigen näheren Bestimmungen in Betreff der Prozeßbevollmächtigten und beziehen sich, soweit nicht z. B. die § 79 Abs. 2 und 83 Abs. 1 besondere Ausnahmen machen, sowohl auf die in Anwaltsprozessen als

---

[7]) § 51 Anm. 29. Selbst Minderjährige werden nicht ganz auszuschließen sein. A.D.H.G. Art. 42. Anschütz und v. Völdernborff, Comm. hierzu Bd. I S. 315.

[8]) Vergl. § 41 Nr. 4.

[9]) Das kann z.B. der Fall sein, wenn der Amtsrichter eine Klage wegen Unzuständigkeii abgewiesen hat und diese nun vor einem anderen Amtsgerichte verhandelt wird.

[10]) Bes. Begr. d. E.G. zum G.V.G. zu § 10. Bes. Begr. d. E. zu §§ 44—46 Abs. 2.

bevollmächtigte Vertreter der Parteien fungirenden Anwälte, als auf die in andern Prozessen auftretenden Bevollmächtigten. Während über Recht und Pflicht zur Prüfung der Legitimation der Prozeßbevollmächtigten der § 84 bestimmt, enthält der § 76 einige für ausreichend erachtete Vorschriften über die Form des Vollmachtsvertrags.[1])

„Der Bevollmächtigte". Aus den angeführten Motiven ergiebt sich, daß der Rechtsanwalt so gut wie der nicht rechtskundige Prozeßbevollmächtigte eine Vollmacht abgeben muß, wo dieß geboten ist. Der gesetzliche Vertreter ist nicht Prozeßbevollmächtigter, er ist „gleich der Partei". Deßhalb bedarf der Vormund in Prozessen seines Mündels vor dem Amtsgerichte keiner Vollmacht, ebenso wenig wie der nach § 55 aufgestellte gesetzliche Vertreter. Bedenklicher ist, ob ein Rechtsanwalt als gesetzlicher Vertreter, also z. B. in Sachen seines Mündels ohne Vollmacht im Anwaltsprozesse auftreten darf? In Analogie des § 74 Abs. 3 muß man die Frage bejahen, er kann sich doch nicht selbst bevollmächtigen.

„Durch eine schriftliche Vollmacht." Insoweit das Gericht oder der Gegner den Nachweis der Vollmacht fordern dürfen und verlangen, soll der Bevollmächtigte die Bevollmächtigung durch eine „schriftliche" Vollmacht nachweisen. Die Motive bemerken hiezu weiter: Aus dem Erfordernisse der Schriftlichkeit erfolgt ohne Weiteres die Nothwendigkeit, daß Analphabeten Prozeßvollmachten in der für diese Personen landesgesetzlich vorgeschriebenen Form ausstellen. Bei Berathung des § in der Justizkommission bemerkte v. Puttkamer, in einzelnen Landesgesetzen sei vorgeschrieben, daß für Vollmachten von Personen, welche des Schreibens unkundig seien, die notarielle (bezw. gerichtliche) Beglaubigung nicht genüge, daß vielmehr diese Vollmachten nach ihrem ganzen Inhalte vor einem Notar oder Gericht zu errichten seien, er nehme an, daß derartige Vorschriften aufgehoben seien[2])

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 74.

[2]) In der That sind die landesrechtlichen Bestimmungen in dieser Richtung durch § 381 aufgehoben, und deßhalb die Bemerkung in den Motiven nicht richtig.

und die einfache Beglaubigung eines Handzeichens als Vollmacht genüge, was der Vertreter des Bundesraths v. Amsberg bejahte.[3]) Der Ausdruck „schriftliche Vollmacht" an Stelle von „schriftlich durch die Partei ausgestellte Vollmacht" (nordd. Entw. § 129) ist gewählt, um mit dem einen Satze alle Arten der schriftlichen Vollmachtsertheilung zu umfassen. Sonach bedarf es zunächst nicht der Bestimmung, daß die Prozeßvollmacht für alle Rechtsstreitigkeiten des Vollmachtgebers oder für eine bestimmte Gattung oder für einen einzelnen Rechtsstreit ausgestellt sein kann und es durfte hier ferner übergangen werden, daß die Vollmacht von der Partei auch mündlich zu Protokoll des Gerichts erklärt werden darf. Die Aufnahme in das Audienzprotokoll (§ 146) ersetzt die schriftliche Form.[4]) Dieß gilt für den Anwaltsprozeß wie für den Parteiprozeß; auch im Anwaltsprozeß kann die Partei mit dem bestellten Anwalt erscheinen und ihn bevollmächtigen.

Ob der Gerichtsschreiber auch außerhalb der Sitzung eine Vollmacht zu Protokoll aufnehmen darf, kommt auf die landesrechtlichen Bestimmungen (über Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit) an; die Civilprozeßordnung ermächtigt und verpflichtet ihn nicht dazu.

Die ganz ausnahmslos gehaltene Fassung des § 76 erledigt auch den Zweifel, ob der einer armen Partei bei Bewilligung des Armenrechts beigeordnete Anwalt (§ 107 Nr. 3) verpflichtet ist, sich gegenüber dem Prozeßgegner durch eine schriftliche Vollmacht des Klienten zu legitimiren. Das Gesetz mußte an einer schriftlichen Vollmacht für den Armenanwalt festhalten, da nicht anzunehmen ist, daß nach dem Willen der armen Partei der ihr beigeordnete Anwalt das Recht haben solle, auf ihren Anspruch zu verzichten (§ 77) und es ihr ohne schriftliche Vollmacht nicht möglich sein würde, das Vertretungsrecht des Anwalts nach Maßgabe des § 79 zu beschränken.[5]) Was von dem Armenanwalt gilt, ist auf andere offiziell aufgestellte Prozeßbevollmächtigte, wie

---

[3]) Prot. d. J.K. S. 515.

[4]) Bes. Begr. d. E. a. a. O. Prot. z. nordd. E. S. 205.

[5]) Bes. Begr. d. E. zu § 74.

Stiftungssyndici, Fiskale des Staats- und der Staatsanstalten (wie der k. Bank zu Nürnberg) nicht anzuwenden, insoferne sie als gesetzliche Vertreter nach Art ihrer Bestellung in Betracht kommen.[6]) Sie können ohnedieß nur im Parteiprozesse auftreten.

Ueber den Inhalt der Vollmachtsurkunde hat das Gesetz keine Bestimmungen getroffen und zwar absichtlich. Es wird in den Motiven bemerkt:[7]) Der Entwurf enthält sich weiterer Bestimmungen über den nothwendigen Inhalt von Vollmachtsurkunden, indem er die betreffenden Bestimmungen anderer Prozeßgesetze als selbstverständlich übergeht. Die Vollmacht kann daher (wie erwähnt) sich auf alle Rechtsstreitigkeiten des Vollmachtgebers oder auf einen einzelnen erstrecken und der Prozeßbevollmächtigte ist legitimirt, der durch eine schriftliche Urkunde nachweist, daß er zur Vertretung seiner Partei in allen ihren Rechtsangelegenheiten berechtigt sei.

„nachzuweisen". Im Parteiprozesse hat der Prozeßbevollmächtigte bei seinem Auftreten im Prozesse sich zu legitimiren[8]), außerdem kann das Gericht ihn trotz Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden abweisen (§§ 84, 85). Selbst die Gerichtsnotorietät befreit ihn nicht von der Legitimation, diese erfolgt nicht blos dem Gerichte, sondern auch der Partei gegenüber.

„zu den Gerichtsakten abzugeben". Dieser Beisatz wurde durch die Justizkommission des Reichstags beschlossen; man wollte dem späteren Einwand des Gegners, daß er mit einem falsus procurator prozessirt habe, vorbeugen, was durch ein bloßes Vorzeigen der Vollmacht nicht bewirkt werde.[9]) Es wurde dabei

---

[6]) Art. 89 Abs. 2 der bayer. P.O. bestimmt: Fiskale sind bei allen Gerichten durch ihr Amt bevollmächtigt. Man wird diese Bestimmung als eine in das bürgerliche Recht eingreifende erachten und die Fiskale als gesetzliche Vertreter der Behörde, zu der sie gehören, betrachten können. Vergl. übrigens die weiteren Bemerkungen unter „gerichtlich oder notariell".

[7]) Bes. Begr. d. E. zu § 74.

[8]) Vergl. zu § 84 unter „insoweit" u. s. w.

[9]) Wernz S. 117 bemerkt: Es wird nicht leicht Jemand wagen, mit einer falschen Urkunde aufzutreten, wenn er weiß, daß das corpus delicti hinterlegt bleibt.

bemerkt, daß es für das Vollstreckungsgericht genüge, sich auf die bei den Akten liegende Prozeßvollmacht zu beziehen, daß der Anwalt von der Originalvollmacht sich beglaubigte Abschriften fertigen lassen könne.[10]) Dasselbe muß der Fall sein, wenn in Folge der Bestimmung des § 136 ein Prozeß in mehrere getrennt wird und dieselben Prozeßbevollmächtigten hier auftreten.[11])

Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs wurde gefragt, was mit den Vollmachten zu geschehen sei und darauf erwidert, sie seien wie andere Urkunden zu behandeln. Das hat unsere Civilprozeßordnung geändert, sie bilden einen Bestandtheil der Prozeßakten, die dadurch nicht besonders voluminös werden. Aber für den Vollmachtgeber ist es allerdings unangenehm, daß er eine ausgestellte Generalvollmacht nicht wieder zurück erhält. Nur die in einer öffentlichen Urkunde ausgestellte Vollmacht kann in beglaubigter Abschrift übergeben werden, insoferne die Beglaubigung die Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde an sich trägt und das Gericht sich damit begnügt (§ 400).

„auf Verlangen". Das allein schon genügt. Es dient zum Ausschlusse jeden Zweifels über die Echtheit der Urkunde, wenn bestimmt wird, daß die in einer Privaturkunde ausgestellte Vollmacht notariell oder gerichtlich beglaubigt werden muß, sobald es der Gegner verlangt, also aus welchem Grunde er wolle und ohne Anzeigepflicht des Grundes.[12])

„des Gegners" nicht der Gegenpartei. Zu den Gegnern gehören auch der Nebenintervenient und Litisdenunciat, also können auch diese das Verlangen stellen.

„gerichtlich oder notariell beglaubigt werden". Der § sagt, die Privaturkunde muß beglaubigt werden. Ist darunter der Inhalt oder die Unterschrift zu verstehen?[13]) Offenbar nur

---

[10]) Prot. d. J.K. S. 515—516. So kann auch im Falle des § 448 Abs. 2 verfahren werden, wenn der Rechtsstreit bei einem andern als dem hier bezeichneten Gerichte anhängig ist; für § 448 Abs. 3 vergl. § 78 a. E.

[11]) Vergl. zu § 136.

[12]) Bes. Begr. d. E. zu § 74.

[13]) Bei Berathung des hann. Entwurfs sprachen einzelne Anträge von der Beglaubigung der Vollmacht, andere von Beglaubigung der Unterschrift,

das Letztere. Ein Bekennen zu dem Inhalte der Urkunde vor Gericht oder Notar würde aus der Privaturkunde eine öffentliche machen, und das will der § nicht. Allerdings muß die Unterschrift in Gegenwart des Richters oder Notars erfolgen, denn sonst kann dieser die Echtheit nicht beglaubigen.[14]) Nicht zu bestreiten ist aber, daß der § 76 mit § 381 in Konflikt kommt. Nach diesem wird eine von einem Analphabeten unterzeichnete Urkunde erst durch Beglaubigung des Handzeichens zur Privaturkunde. Wenn nun deren Beglaubigung vom Gegner verlangt wird, soll derselbe Richter oder Notar, der ihre Beglaubigung vorgenommen hat, dieselbe wiederholen? Man muß zu dem Schlusse kommen, daß von Analpheten nach § 381 ausgestellte Urkunden von Abs. 2 des § ausscheiden.

Die Motive bemerken weiter: „und mit Rücksicht darauf, daß grundsätzlich die öffentliche Form der Prozeßvollmachten nicht gefordert wird, versagt der Entwurf weiter gehende erleichternde Bestimmungen anderer Gesetzgebungen, nach denen Prozeßvollmachten von Parteien, welche in einer öffentlichen Eigenschaft einen Prozeß führen, schon aus diesem Grunde einer Beglaubigung nicht bedürfen sollen oder die Beglaubigung auch von andern Beamten, z. B. des Staats, der Gemeinde, der Kirche, welche ein öffentliches Siegel führen, ertheilt werden kann." Damit wird erläutert, daß auch Stiftungssyndici, Fiskale des Staats und von Staatsanstalten u. s. w. einer Vollmacht bedürfen, aber die von öffentlichen Behörden in den kraft ihres Amts geführten Prozessen ausgestellten Vollmachtsurkunden sind öffentliche Urkunden (§§ 380, 382) und bedürfen einer Beglaubigung nicht.[15])

---

beides wurde nicht auseinander gehalten, Prot. z. hann. E. S. 1054 ff. Art. 85 der bayer. P.O. spricht deutlich von einer Privaturkunde mit beglaubigter Unterschrift des Vollmachtgebers.

[14]) Dadurch wird auch der Einrede vorgebeugt, daß ein Blanquet zur Vollmacht gegen den Willen des Ausstellers benutzt worden sei.

[15]) Dr. Mayer beantragte in der Justizkommission, dem Art. 76 als Abs. 3 eine deßfallsige Bestimmung beizufügen, worauf der Vertreter des Bundesraths v. Amsberg erwiderte, mit dem Inhalte des Antrags sei er zwar einverstanden, derselbe sei aber selbstverständlich und deßhalb überflüssig; was unter

Aber selbst wenn für den Anwaltsprozeß Anwälte ein für allemal als Fiskalanwälte ernannt werden und die Vollmacht wird verlangt (§ 84 Abs. 1), muß dieselbe zu den Gerichtsakten abgegeben werden, denn der § 76 bezieht sich, wie Eingangs erwähnt, auf den Anwalts- und den Parteiprozeß.

Die Alternative: „gerichtlich oder notariell“ ist für die einzelnen Landesgesetze gegeben, nach denen eine Beglaubigung einem Gerichte oder einem Notar oder beiden zusteht,[16]) nicht aber will damit gesagt werden, daß das Prozeßgericht eine Vollmacht beglaubigen solle oder dürfe.

Die bayer. P.O. enthält in Art. 86 die Bestimmung, daß für im Auslande mittels Privaturkunde ausgestellte Vollmachten die Beglaubigung durch ein bayerisches Konsulat oder die bayerische Gesandtschaft genüge.[17]) Es unterliegt keinem Zweifel, daß der hier ausgesprochene Grundsatz allgemein für die Civilprozeßordnung anzuwenden und die von den Reichsgesandten und Reichskonsuln[18]) beglaubigten Vollmachten ebenso gut für genügend zu erachten sind, als die von ausländischen Gerichten oder Notaren beglaubigten.

öffentlichen Urkunden zu verstehen sei, ergebe sich aus § 367 (nun 380); Prot. d. J.K. S. 689. Gleichwohl erfolgte in der Sitzung vom 20. Oktober 1866 die authentische Interpretation (d. h. über die Ansicht der J.K.): „Die von Gemeindebehörden, von öffentlich anerkannten Stiftungen, von Kirchenverwaltungen ausgestellten Vollmachten sind als öffentliche Urkunden anzusehen, so daß eine notarielle oder gerichtliche Beglaubigung nicht erfordert wird.“ — Deßhalb bleibt es dem Richter unbenommen zu beurtheilen, ob eine Stiftung eine Kirchenverwaltung nach Landesgesetz als öffentliche Behörde zu betrachten ist, ob außer den drei von der Justizkommission genannten juristischen Personen nicht auch andere als „öffentliche Behörden“ (z. B. die fürstlich thurn- und taxis'sche Justiz- und Domänenkanzlei in Regensburg) zu betrachten sind. Auch bei Berathung des norddb. Entwurfs wurde ein beantragter gleicher Zusatz, wie in der J.K. als selbstverständlich erachtet; Prot. z. norddb. Entw. Seite 207.

[16]) Die Aeußerung des Vertreters des Bundesraths von Amsberg, die Vollmachten könnten von den Amtsgerichten beglaubigt werden — Prot. der J.K. S. 30 — ist nicht wohl anders zu verstehen.

[17]) Ueber die Echtheit der im Auslande ausgestellten Urkunde vergleiche § 403.

[18]) Reichsgesetz. v. 8. Nov. 1867 §§ 14, 15.

Die Bestimmung, daß auf Verlangen Gerichte oder Notare die Vollmachten zu beglaubigen haben, kann sich nicht über das Gebiet des deutschen Reichs hinaus erstrecken.

Wird Beglaubigung verlangt, so wird zum Theile analog den Bestimmungen des § 84 zu verfahren sein.[19])

„Bei der Beglaubigung". Wie aus den Bemerkungen zu „durch eine schriftliche Vollmacht" hervorgeht, sind entgegenstehende Bestimmungen der Landesnotariatsgesetze oder der freiwilligen Gerichtspflege für die Prozeßvollmacht aufgehoben.

Die Motive bemerken auch noch „die Kosten der Beglaubigung trägt, vorbehaltlich der Erstattungspflicht nach § 87 der Vollmachtgeber" aber ohne Unterschied, ob die Vollmacht für alle Rechtsstreitigkeiten (Generalvollmacht) oder nur für den einzelnen Prozeß ertheilt wurde.

Es wird weiter noch hervorgehoben, daß die fortdauernde Geltung der hier einschlägigen Bestimmungen des Art. 17 der Wechselordnung und der Art. 42, 47, 59 des A.D.H.G. durch § 13 Abs. 1 des E.G. zur C.P.O. außer Frage gestellt sei.[20]) Eine Ausnahme von § 76 Abs. 1 liegt in § 643.

§ 77.

Die Prozeßvollmacht ermächtigt zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, einschließlich derjenigen, welche durch eine Widerklage, eine Wiederaufnahme des Verfahrens und die Zwangsvollstreckung veranlaßt werden; zur Bestellung eines Vertreters sowie eines Bevollmächtigten für die höhere Instanzen; zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs; zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten.

„Die Prozeßvollmacht". Während der § 77 in Uebereinstimmung mit der Ueberschrift zum viertel Titel von „Prozeßvoll-

---

[19]) Vergl. § 84 a. E.

[20]) Bes. Begr. d. E. zu § 74.

macht" spricht, erwähnen die §§ 74, 75, 76, 78, 84 nur einer „Vollmacht". Der Unterschied ist nicht ohne Bedeutung. Wenn A. den B. bevollmächtigt, ihn in allen seinen Rechtsangelegenheiten zu vertreten, so liegt hierin nicht nur eine Prozeßvollmacht, sondern auch die Vollmacht zur Vertretung außerhalb eines Rechtsstreits.[1]) Der § 77 bestimmt nur, welche Wirkung eine Vollmacht in Rücksicht auf einen Prozeß äußert, im Gegensatze zu einer beschränkten Vollmacht oder einer Vollmacht zur Vornahme einzelner Prozeßhandlungen (§ 79) und im Gegensatze zu einer auf alle Rechtsangelegenheiten des Vollmachtgebers ausgedehnten Generalvollmacht.

Der § hat unter gänzlicher Aufhebung der sachlich obsoleten Forderung von Spezialvollmachten den allgemeinen Grundsatz aufgestellt, daß die Prozeßvollmacht zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, einschließlich der im § genannten, namentlich der Substitution, der Bestellung eines Bevollmächtigten für die höhere Instanz und der Empfangnahme der vom Gegner zu erstattenden Kosten, ermächtige. Auch die in der Zwangsvollstreckung vorkommenden Prozeßhandlungen treten vielfach in dem Gewande einer Klage auf (§§ 647, 667, 695–689, 691 ff., 645), allein in Wirklichkeit stellen sie sich immer als Bestandtheile des seiner Realisirung entgegenstrebenden Hauptverfahrens dar.[2])

„zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen". Das sind nicht nur die im Laufe des Prozesses vorkommenden mit Einschluß der Klage, sondern auch alle andern, wenn sie den Rechtsstreit berühren, wie die Ablehnung von Richterpersonen, wenngleich hierin keine Prozeßhandlung liegt, die auf die Er-

---

[1]) Wernz S. 115 verneint die Frage, ob eine Vollmacht, daß der Vollmachtsnehmer zur Vermögensverwaltung ermächtigt sei, oder daß er beauftragt sei, alle Rechtsgeschäfte zu besorgen, zur Prozeßführung ermächtigt mit Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der bayr. P.O. — Vergl. die zu § 76 bei den Worten „durch eine schriftliche Vollmacht" angeführte Stelle aus den Motiven.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu § 75.

ledigung des Rechtsstreits einen Einfluß äußert[3]) und die in der Regel vor der Verhandlung geltend gemacht werden muß (§§ 43, 44 Abs. 4). Auch eine Klagsänderung (nicht blos Erweiterung[4]) des Klagsanspruchs) gehört hieher (§ 79). Ebenso werden die in § 79 Abs. 2 aufgeführten Prozeßhandlungen mitbegriffen, mögen sie im Anwalts- oder Parteiprozesse vorkommen.

„Zur Bestellung eines Vertreters". Der Prozeßbevollmächtigte einer Partei ist im Parteiprozesse wie im Anwaltsprozesse nicht nur ermächtigt, für sich einen andern Vertreter (im Anwaltsprozesse wieder einen am gleichen Gerichte zugelassenen Rechtsanwalt) zu substituiren, sondern auch für die höheren Instanzen einen Rechtsanwalt als Prozeßbevollmächtigten aufzustellen, wenn der Vertreter, obschon ein Rechtsanwalt, bei Lokalisirung der Anwälte, nicht im Stande ist, den Vollmachtgeber selbst in der höheren Instanz zu vertreten.

Die Frage, ob eine Substitution nur für eine einzelne Prozeßhandlung oder für den ganzen Rechtsstreit eintreten dürfe,[5]) läßt die Fassung des § unentschieden. Das Abgehen vom Wortlaute des hannover'schen Entwurfs § 101, des norddeutschen Entwurfs § 134 und des preußischen Entwurfs § 99 Nr. 3, welche dem Prozeßbevollmächtigten nur die Vornahme von Prozeßhandlungen einem Stellvertreter übertragen ließen, und der Umstand, daß die Vertretung für jede einzelne Prozeßhandlung, die zusammen die Prozeßführung bilden, zulässig ist, also die Beschränkung auf einzelne Prozeßhandlungen leicht wirkungslos gemacht werden könnte, lassen kaum einen Zweifel bestehen, daß der Prozeßbevollmächtigte die Führung des ganzen Prozesses einem Andern übertragen darf.

---

[3]) Prot. z. hann. E. S. 1071, 1076, 1080.

[4]) Prot. d. J.K. S. 313. Ein Antrag Becker's, im § 79 (77 d. Entw.) nach den Worten „geltend gemachten Anspruchs" beizusetzen „oder die Aenderung einer Klage" wurde von der Justizkommission abgelehnt. Vergl. S. 398.

[5]) Worüber bei Berathung des hann. Entwurfs eine lange Debatte entstand, Prot. z. hann. E. S. 1092—1100.

„zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich“ u. s. w. Die Motive bemerken hiezu: Die Partei übergibt ihre Rechtssache dem Bevollmächtigten, damit dieser den Prozeß nach bestem Ermessen zu Ende führe und das hiezu Nöthige vornehme. Hiezu gehören unter Umständen der Verzicht, das Anerkenntniß,[6]) der Vergleich. Die allgemeine Prozeßvollmacht kann nicht dahin verstanden werden, daß der Prozeßbevollmächtigte auch gegen seine im Laufe des Verfahrens gewonnene feste Ueberzeugung von der Nichtdurchführbarkeit der ihm übertragenen Rechtssache weiter prozessiren und durch die nutzlose Fortsetzung des Prozesses seine Anwaltsehre beschädigen und seiner Partei zwecklose Kosten verursachen solle. Die Einräumung dieser weiteren Befugnisse liegt in der Konsequenz seiner Dispositionsrechte im Prozesse. Durch das Recht zur Ablegung von Geständnissen, zur Anerkennung von Urkunden, zur Zuschiebung oder Zurückschiebung von Eiden u. s. w. wird in ganz unmittelbarer Weise auf den materiellen Ausgang des Prozesses eingewirkt, und es ist eine Halbheit, den Bevollmächtigten ohne Spezialvollmacht hiezu zu autorisiren, dagegen ihn gleichzeitig zu hindern, die nothwendigen Konsequenzen der innerhalb seiner Vollmachtsgrenzen vorgenommenen Prozeßhandlungen für die Beendigung des Rechtsstreits ausdrücklich zu erklären. Es ist ferner ein innerer Widerspruch, wenn der Vertreter mit Wirksamkeit gegen seine Partei durch unterlassene Einlegung des Rechtsmittels die Rechtskraft eines Urtheils zu Gunsten des Gegners herbeiführen kann und ihm gleichzeitig der direkte Weg der Anerkennung oder des Verzichts versagt wird. Und was den Vergleich anlangt, so darf es als Intention der Partei angesehen werden, daß der Bevollmächtigte, dem die Erledigung des Rechtsstreits nach bestem Ermessen anvertraut ist, einen Vergleich schließen darf, wenn er sich überzeugt, daß dadurch ein die Interessen seines Mandanten schädigender Ausgang des Prozesses vermieden werden kann. Alle Besorgnisse gegen die so erweiterte Rechtsstellung werden dadurch gehoben, daß der § 79 der Partei

---

[6]) Eines durch die Klage oder die Widerklage geltend gemachten Anspruchs — beides ist gleich.

gestattet, aus den Vertretungsbefugnissen in der Vollmacht die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzicht und Anerkennung auszuschließen. [7]) Wenn dagegen der Entwurf dem Prozeßbevollmächtigten als solchen nicht die Befugniß zugesteht, mit Ausnahme der vom Gegner zu erstattenden Prozeßkosten Zahlungen für den Mandanten in Empfang zu nehmen, so widerspricht dieß nicht dem Grundsatze des § 77, weil die Erfüllung der streitigen Verpflichtung[8]) eine außerhalb des Rechtsstreits liegende Handlung ist.[9]) Das ist auch bei dem Eingehen auf einen Schiedsvertrag,[10]) beim Vergleiche über andere als den Rechtsstreit betreffende Rechte, nicht aber bei dem Nachlaß eines von dem Gegner zu leistenden Eides[11]) der Fall. Zu solchen außerhalb des Rechtsstreits liegenden Handlungen ist eine besondere Vollmacht für den Prozeßbevollmächtigten nothwendig, wenn ihm nicht Generalvollmacht ertheilt ist.

§ 78.

Die Vollmacht für den Hauptprozeß umfaßt die Vollmacht für das eine Hauptintervention, einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren.

---

[7]) Bes. Begr. d. E. zu § 75. Theilweise wörtlich äußert sich so der württemb. Comm.-B. S. 94.

[8]) Vergl. hierüber S. 202.

[9]) Bes. Begr. a. a. O. Ebenso Prot. z. hann. E. S. 1077. Es wurde bemerkt, eine Partei könne Zutrauen zu den Kenntnissen ihres Anwalts haben, ihm seiner mißlichen Vermögensverhältnisse wegen aber doch nicht Geld oder Geldeswerth anvertrauen wollen, Prot. z. hann. E. S. 1074.

[10]) Code civil. Art. 1989 hebt das besonders hervor. Die Motive zu § 792 d. Entw. a. E. bemerken, „daß die Vollmacht (§ 77) dem Prozeßbevollmächtigten nicht die Vollmacht zu kompromittiren ertheilt, hat der Entwurf für selbstverständlich erachtet.“

[11]) Prot. z. hann. E. S. 5897—5898 ist die Frage bestritten. Mit Unrecht verlangt Uebel Comm. z. C.P.O. zu § 80 Nr. 4, daß die Annahme des Eides nur durch den Delaten oder mit dessen besonderer Ermächtigung vom Prozeßbevollmächtigten geschehen könne, weil der Eid eine rein persönliche Handlung des Delaten sei. Die Leistung ist allerdings eine solche, aber nicht die Er-

Diese Bestimmung beruht auf der Annahme, daß unbeschadet des auch im § 77 anerkannten Rechts des Bevollmächtigten, seinen Klienten gegen den Prozeßgegner in den Rechtsstreiten der Vollstreckungsinstanz zu vertreten, die Prozeßvollmacht nicht ermächtigt zur Führung von neuen Prozessen, welche aus dem Prozesse hervorgehen, für welchen die Vollmacht ertheilt war. Von dieser allgemeinen Regel zieht der § 78 die positive Ausnahme, daß die Vollmacht für den Hauptprozeß die Vollmacht für eine Hauptintervention (§§ 61, 690), einen Arrest und das eine einstweilige Verfügung (§§ 796 ff.) betreffende Verfahren umfaßt. Der enge Zusammenhang zwischen diesen Streitigkeiten und dem Hauptprozesse[1]) rechtfertigt die Annahme, daß der Wille des Machtgebers auf die Bevollmächtigung in diesem Umfange gerichtet war. Das Gleiche ist aber nicht für zutreffend angenommen im umgekehrten Falle der Bevollmächtigung für das Verfahren, betreffend einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung in Beziehung auf den nachfolgenden Hauptprozeß. Gehen Arrest und einstweilige Verfügungen dem Hauptprozeß vorher, so handelt es sich nothwendig um dringliche Maßregeln, welche an sich provisorischer Natur sind und sein werden (§§ 744, 806, 816), die Bestellung des Bevollmächtigten für diese schleunigen und vorübergehenden Prozeßhandlungen rechtfertigen deßhalb nicht einen Rückschluß auf die Wahl jener Person zum Vertreter im Hauptprozesse.[2]) Ein ähnliches Verhältniß wie beim Antrage eines Arrests oder einer Vorsichtsverfügung besteht bei dem Antrage auf Sicherung des Beweises nach § 448 Nr. 3. Gleichwohl ist die Ausdehnung der Wirkung der Vollmacht für den Hauptprozeß in § 78 nicht aufgenommen, auch kann die Beweisaufnahme erfolgen, ohne daß überhaupt ein Prozeßgegner existirt. Erstreckt sich die für den Hauptprozeß ausgestellte Vollmacht auf den Fall des § 448 Nr. 3? Die Frage muß bejaht werden. Die Civilprozeßordnung geht

---

klärung der Annahme, diese ist eine Prozeßhandlung (§ 417), welche in den §§ 77 und 79 nicht ausgenommen ist. Vergl. auch die Motive auf Seite 394.

[1]) Auf neue aus der Zwangsvollstreckung sich ergebende Prozesse erstreckt sich die Prozeßvollmacht nicht.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu § 76.

von der Ansicht aus, daß die präparatorische Beweisaufnahme einen Theil des bevorstehenden Hauptprozesses bilde,[3]) also eine Prozeßhandlung ist, während im Falle des § 455 es — abgesehen von einer Generalvollmacht — an einer für den Hauptprozeß ausgestellten Vollmacht fehlen wird.

§ 79.

Eine Beschränkung des gesetzlichen Umfangs der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber nur insoweit rechtliche Wirkung, als diese Beschränkung die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs betrifft.

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Vollmacht für einzelne Prozeßhandlungen ertheilt werden.

Die Civilprozeßordnung überläßt grundsätzlich die Beurtheilung der innern Seite des Vollmachtsvertrags, das Rechtsverhältniß zwischen dem Machthaber und dem Bevollmächtigten dem materiellen Rechte. Der Mandant kann daher insoweit die Befugnisse seiner Prozeßbevollmächtigten nach Gutdünken erweitern oder beschränken, und es ist nach den Regeln des Civilrechts zu entscheiden, inwiefern der Prozeßmandatar seiner Partei wegen auftragswidriger Prozeßführung haftbar wird. Anders liegt die Sache für das Rechtsverhältniß des Bevollmächtigten zum Prozeßgegner. Nach dem System der Civilprozeßordnung würde hier jede Beschränkung der gesetzlich nothwendigen Vertretungsrechte des Prozeßbevollmächtigten das Verfahren erschweren oder unmöglich machen und den Gegner gefährden. Es bestimmt daher der § 79, daß eine Beschränkung des gesetzlichen Umfangs dem Gegner gegenüber keine rechtliche Wirksamkeit hat, insoweit nicht diese Beschränkung die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzicht oder Anerkenntniß betrifft.[1])

---

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 429—436. Hieraus erklärt sich das Stillschweigen in § 78.

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 77.

„insoweit rechtliche Wirkung“. Die Vollmacht wird durch solche Beschränkungen deßhalb nicht aufgehoben, die Beschränkungen gelten nur als nicht beigefügt und dieß auch nur dem Gegner gegenüber, nicht dritten Personen und namentlich nicht dem Bevollmächtigten selbst gegenüber. Zu den im § angeführten dem Gegner gegenüber wirkungslosen Beschränkungen gehören z. B., daß die Vollmacht mit dem Tode des Vollmachtgebers erloschen sein soll (§ 82), daß sie nicht für die Hauptintervention gelte (§ 78), daß von mehreren Bevollmächtigten nicht einer als Einzelner handeln dürfe (§ 80) u. dgl. m.

„dem Gegner gegenüber“. Darin liegt ausgedrückt, daß der Gegner, der sich die Beschränkung gefallen lassen muß, diese auch kennen muß, wenn sie von Wirksamkeit sein soll.[2])

„die Beseitigung des Rechtsstreits“. Das Gesetz spricht, wie aus der beigesetzten Art der Beseitigung hervorgeht, von der definitiven Beseitigung, also nicht vom Abstande vom Prozesse.

Bei Berathung des § stellte Becker den Antrag, dem Abs. 1 beizufügen „oder die Aenderung einer Klage“; der innern Natur der Dinge widerspreche es, eine Vollmacht für einen bestimmten Prozeß durch Zulassung der Klagänderung eine ganz andere Vollmacht zu substituiren, der Partei solle das Recht eingeräumt werden, dem Bevollmächtigten die Befugniß zur Klagänderung mit rechtlicher Wirkung dem Gegner gegenüber zu entziehen. Der Direktor v. Amsberg erklärte dagegen, obgleich er die Bedenken des Antragstellers nicht verkannte, eine solche Erweiterung würde noch die Aufnahme einer Reihe weiterer Bestimmungen erforderlich machen, worauf der Antrag abgelehnt wurde.[3]) Hiernach umfaßt die Prozeßvollmacht auch das Recht zur Aenderung der Klage.

---

[2]) Im Anwaltsprozesse können die Anwälte ihre Vollmachten gegenseitig prüfen, das Gericht hat aber nur im Parteiprozesse hiezu Veranlassung; im Anwaltsprozesse kann also sehr gut ohne Wissen des Gerichts ein ungültiger Vergleich abgeschlossen werden.

[3]) Prot. d. J.K. S. 31—32.

„Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist". Das ist nicht blos im Parteiprozesse der Fall.[4]) Es kann eine Vollmacht ausgestellt werden z. B. um einer Zeugenvernehmung, einer Augenscheinseinnahme beizuwohnen, während allerdings im Anwaltsprozesse die Vollmacht die ganze Prozeßführung umfaßt. Dadurch ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß außer dem Anwalt ein weiterer Prozeßbevollmächtigter zur Vertretung bei einer solchen Handlung bestellt wird (§ 80) oder daß der Anwalt zur Vornahme einer einzelnen Handlung einen andern nicht beim Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt substituirt (§ 77). Würde dagegen im Anwaltsprozesse ein Anwalt nur zu einer Prozeßhandlung, z. B. zur mündlichen Verhandlung bevollmächtigt, so hat er keine Prozeßvollmacht und kann nur nach Maßgabe des § 85 zur Prozeßführung zugelassen werden. Der Abs. 2 des § deckt insbesonders den Fall, daß eine Partei sich selbst vertritt und bei auswärtigen Zeugenvernehmungen u. dergl. sich von Andern vertreten lassen will.

§ 80.

Mehrere Bevollmächtigte sind berechtigt, sowohl gemeinschaftlich als einzeln die Partei zu vertreten. Eine abweichende Bestimmung der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber keine rechtliche Wirkung.

Der § bezieht sich selbstverständlich auf den Anwaltsprozeß und den Parteiprozeß, soferne in Letzterem nicht blos dem Einzelnen zu einer einzelnen Handlung Vollmacht ertheilt wurde (§ 79 Absatz 2).

Der § wurde von der Justizkommission sowie der gleichlautende § 102 des hannover'schen Entwurfs von der hannoverschen Prozeßkommission ohne Debatte angenommen[1]) und doch drängt sich gleich beim ersten Blicke die Frage auf, was geschieht,

---

[4]) Vergl. die Bemerkung zu § 75 über die gleichen Worte.

[1]) Prot. d. J.K. S. 32, 516. Prot. z. hann. E. S. 1107, 4971.

wenn sich die mehreren Bevollmächtigten widersprechen, wenn der eine zugesteht, der andere leugnet?

Der § 80 liegt im Interesse der Associationen von Rechtsanwälten,[2]) denn wenn die Einzelvertretung hier nicht gestattet wäre, müßten sämmtliche Bevollmächtigte erscheinen, sonst wäre die Partei nicht ordentlich vertreten.[3]) Nun ist aber eine Analogie der Bestimmungen über Geständnisse und Widersprüche von Streitgenossen und die Anwendung des § 259[4]), der sich nur auf die Wahrheit thatsächlicher Behauptungen bezieht, offenbar unzulässig,[5]) wo es sich um die Vertretung einer einzelnen Partei im Prozesse durch Mehrere handelt, und für diese Vertretung kann nicht entscheidend sein, wer von den einzelnen Prozeßbevollmächtigten zuerst das Wort erhält und zuerst eine Erklärung abgiebt,[6]) welcher der zweite widerspricht.[7])

Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs wurde bemerkt, nur im Anwaltsprozesse bedürfe es im Interesse der Ordnung einer Bestimmung, daß (vom gemeinschaftlichen Plaidiren abgesehen) ein gemeinschaftliches gleichzeitiges Handeln unstatthaft sei. Von anderer Seite hielt man eine solche Bestimmung für entbehrlich. Für den Anwaltsprozeß sei es schon nach § 93 Absatz 1 (des hann. Entw.)[8]) selbstverständlich, daß nur ein Anwalt Prozeßhandlungen vornehmen dürfe. Letzteres wurde jedoch mehrfach bezweifelt.[9]) Es wird jedoch eine Interpretation des § 80 in einem anderen Sinne kaum möglich sein. Wenn mehrere Prozeßbevoll-

---

[2]) Ob solche zulässig sind, muß der Anwaltsordnung zu bestimmen überlassen bleiben.

[3]) Motive zu Art. 123 des Entwurfs der württemb. C.P.O.

[4]) § 58.

[5]) A. M. Puchelt C.P.O. zu § 80 Nr. 3. Wie soll z. B. verfahren werden, wenn gleichzeitig der eine Prozeßbevollmächtigte einen Eid acceptiren, der andere ihn referiren würde?

[6]) Bethmann-Hollweg, Versuche S. 248.

[7]) Die Ansicht von Wetzell, System Bd. I S. 71, daß von mehreren nach einander ernannten Prozeßbevollmächtigten der spätere vorgehe, paßt nicht auf eine Kollektivvollmacht.

[8]) Derselbe ist dem § 74 Abs. 1 der C.P.O. gleich.

[9]) Prot. z. nordd. E. S. 214.

mächtigte einer Partei bei einer Verhandlung erscheinen, kann zwar jeder Einzelne plaidiren,[10]) aber das Plaidoyer darf nicht thatsächliche Erklärungen enthalten, die den Erklärungen der Andern widersprechen, sie dürfen nur gemeinschaftliche Erklärungen abgeben.[11])

Aus der hier vertretenen Ansicht folgt aber weiter, daß die Partei gleichzeitig nicht einen Prozeßbevollmächtigten ohne Wissen des Andern aufstellen kann, weil das gemeinschaftliche Handeln ein gemeinschaftliches Benehmen voraussetzt, wenn es ihr auch gestattet ist, successive andere Prozeßbevollmächtigte anstatt der früheren zu bestellen (§ 83).[12]) Die Motive bemerken auch, daß neben dem § 80 die abweichenden Vorschriften des Handelsgesetzbuchs Art. 41 Abs. 3, Art. 86 Nr. 4, Art. 100, 115 gelten, erhellt aus § 13 (§ 9 des Entw.) des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung, in welchem bestimmt ist, daß die prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze durch die Civilprozeßordnung nicht berührt werden.[13]) Diese Bemerkung kann sich selbstverständlich nur auf den Parteiprozeß beziehen, aber auch hier gilt, was über mehrere Bevollmächtigte im Allgemeinen bemerkt wurde.

§ 81.

Die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Prozeßhandlungen sind für die Partei in gleicher Art verpflichtend, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären. Dies gilt

---

[10]) Abgesehen von der Bestimmung des § 127 Abs. 4, wornach der Vorsitzende, wenn dem Gerichte die Sache hinreichend aufgeklärt erscheint, die Verhandlung schließen kann.

[11]) Vergl. sächs. bürg. G. § 1313. Die Motive bemerken hierüber lediglich: Die Bestimmung des § 80 Satz 2 entzieht in weiterer Fortentwicklung des § 79 sanktionirten Grundsatzes der bei Bestellung mehrerer Bevollmächtigten in einer Vollmacht eingerückten Klausel: „sammt und sonders" gegenüber dem Prozeßgegner jede rechtliche Wirkung. Bes. Begr. d. E. zu § 78.

[12]) Bes. Begr. d. E. zu § 85 a. E. „wenn die Partei ohne Nothwendigkeit des Wechsels sich successive mehrerer Anwälte bedient hat."

[13]) Ueber die aufgehobenen Artikel des A.D.H.G. vergl. E.G. zur C.P.O. § 13 Nr. 2.

von Geständnissen und andern thatsächlichen Erklärungen, insoweit nicht dieselben von der miterschienenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden.

„von dem Bevollmächtigten". Der § stellt außer Zweifel, daß eine volle Repräsentation der Partei durch den Prozeßbevollmächtigten stattfindet. Der § setzt dabei einen legitimirten Prozeßbevollmächtigten voraus.[1])

„vorgenommenen Prozeßhandlungen". Soweit die Vollmacht in Gemäßheit der Bestimmungen der §§ 77—79 reicht,[2]) verpflichtet der Prozeßbevollmächtigte den Vollmachtgeber durch seine Handlungen und Unterlassungen.[3])

„in gleicher Art verpflichtend". Rücksichtlich der Prozeßhandlungen spricht § 81 ausdrücklich aus, daß sie für die Partei verpflichtend sind, wie die von ihr selbst vorgenommenen. Der Prozeßbevollmächtigte ist in Rücksicht auf Prozeßhandlungen gleich der Partei, wie deren gesetzlicher Vertreter.[4])

„Dies gilt von Geständnissen und anderen thatsächlichen Erklärungen". Geständnisse sind andern thatsächlichen Erklärungen gleichgestellt und offenbar nur als eine der wichtigsten thatsächlichen Erklärungen besonders hervorgehoben. Dadurch aber, daß das Gesetz nur eine Berichtigung der thatsächlichen Erklärungen gestattet, folgt mit Nothwendigkeit, daß die Partei auch im Parteiprozesse andern Erklärungen, namentlich Rechtsanschauungen und Rechtsausführungen ihrer Prozeßbevollmächtigten nicht entgegentreten darf[5]) und hierin zeigt sich

---

[1]) Prot. z. nordd. E. S. 216.

[2]) Reichensperger stellte in der Justizkommission den Antrag, nach „Bevollmächtigten" die Worte einzuschalten „innerhalb des durch § 77 bezeichneten Umfangs", zog ihn aber auf die Bemerkung des Vertreters des Bundesraths v. Amsberg, daß unzweifelhaft sei, daß der Paragraph sich nur auf solche Bestimmungen beziehe, zu denen der Bevollmächtigte berechtigt sei, wieder zurück. Prot. d. J.K. S. 32.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu § 79. Vergl. auch zu § 210 Abs. 2.

[4]) S. 273. Prot. z. hann. E. S. 1108.

[5]) Auch bei Berathung des hann. Entwurfs scheint man dieser, wenn auch nicht bestimmt ausgesprochenen Ansicht gewesen zu sein. Prot. z. hann. E. S. 1108 ff.

der Hauptunterschied zwischen Prozeßbevollmächtigten und Beistand (§ 86). Dürfte die Partei auch den Rechtsausführungen ihres Anwalts im Anwaltsprozesse entgegentreten, dann wäre der Anwaltszwang eine leere Formalität, die nur Verzögerung der Prozesse zur Folge haben würde.

„miterschienenen". Diese Worte wurden bei Berathung des hannover'schen Entwurfs in den § eingeschaltet, um deutlich auszudrücken, daß jeder Widerruf der nichtanwesenden Partei ausgeschlossen werde.[6])

Der zweite Satz des § bezieht sich also nur auf eine mündliche Verhandlung arg. per verb. „miterschienene Partei" (§ 128). Schriftliche Erklärungen und Geständnisse der Prozeßbevollmächtigten kann die Partei nicht widerrufen, sie wird durch solche gebunden und mag sich an ihren Prozeßbevollmächtigten, wenn er gegen das Mandat gehandelt hat, halten.[7])

„sofort berichtigt oder widerrufen werden." Die miterschienene Partei wird hiedurch nicht verpflichtet, ihrem Anwalt in das Wort zu fallen und ihn zu unterbrechen. Wann der Widerruf erfolgen müsse, um als „sofortiger" zu gelten, läßt sich im Allgemeinen nicht bestimmen, es kommt dies auf den einzelnen Fall an und ist vom Richter nach vernünftigem Ermessen zu entscheiden,[8]) der Widerruf kann daher, wenn der Vortrag des Anwalts nicht in einem Termine beendigt, sondern in einem weiteren Termine fortgesetzt wird, auch hier noch erfolgen.[9]) Der Widerruf oder die Berichtigung durch die Partei hat die Folge,

---

[6]) Prot. z. hann. E. S. 1150.

[7]) Der Ansicht in Uebel, Comm. z. C.P.O. zu § 81 Nr. 4, daß die Partei die im Schriftsatze niedergelegte Erklärung ihres Prozeßbevollmächtigten bei der mündlichen Verhandlung widerrufen dürfe, trifft nur bei vorbereitenden Schriftsätzen zu, wenn die darin enthaltenen Geständnisse und Erklärungen bei der mündlichen Verhandlung wiederholt werden.

[8]) Bes. Begr. d. E. zu § 79. Prot. z. hann. E. S. 1146. Ein Abgeordneter meinte, der rechte Zeitpunkt sei, sobald die Partei zu Wort kommen könne.

[9]) Prot. z. hann. E. S. 1149.

daß die Erklärung der Partei der ihres Prozeßbevollmächtigten vorgeht und die letztere nach Umständen aufhebt[10]) und es muß dies selbst dann der Fall sein, wenn der Widerruf oder die Berichtigung auf eine nach der Erklärung des Prozeßbevollmächtigten an die Partei gestellte Frage (§ 130) erfolgt.

§ 82.

Die Vollmacht wird weder durch den Tod des Vollmachtgebers, noch durch eine Veränderung in Betreff seiner Prozeßfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben; der Bevollmächtigte hat jedoch, wenn er nach Aussetzung des Rechtsstreits für den Nachfolger im Rechtsstreit auftritt, eine Vollmacht desselben beizubringen.

„Die Vollmacht". Der § 82 macht die clausula heredum entbehrlich, indem die Prozeßvollmacht in der Regel auch für die Erben des Machtgebers gilt. Der § hat auch die Beschränkung, daß diese Bestimmung nur Platz greife, wenn es sich um anhängige Rechtsstreitigkeiten handle,[1]) nicht aufgenommen, und es läßt sich nach der allgemeinen Bestimmung des § kaum bezweifeln, daß der Bevollmächtigte auch nach dem Tode des Vollmachtgebers zum Eintritt in einen erst beginnenden Rechtsstreit berechtigt ist.[2])

„in Betreff seiner Prozeßfähigkeit". Dahin gehören die Fälle, wenn der Vollmachtgeber nach ertheilter Vollmacht wegen Geisteskrankheit oder aus andern Gründen entmündigt wird. Der Cridar wird durch die Konkurseröffnung nicht prozeßunfähig.[3])

---

[10]) Prot. z. hann. E. S. 1110, 1146, 1150.

[1]) Bayer. P.O. Art. 93.

[2]) Das bürgerliche Recht der meisten Bundesstaaten hat den Grundsatz adoptirt, daß eine Vollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers nicht erlösche, wenn der Auftrag erst nach dem Tode des Vollmachtgebers ausgeführt werden kann oder soll. Fr. 12 § 17, fr. 13, fr. 27 § 1 D. (XVII, 1); fr. 108 D. (XLVI, 3); Glück, Comm. Bd. XV S. 338 ff. Preuß. L.R. Thl. I Tit. 13 §§ 190, 192. Bayer. L.R. Thl. IV c. IX § 13 Nr. 3. Sächs. bürg. Ges. § 1324. — Dagegen Code civil. Art. 2003.

[3]) Vergl. S. 288. Prot. z. nordd. E. S. 247.

Die Worte „in Betreff seiner Prozeßfähigkeit" wollen offenbar sagen, daß es keinen Einfluß äußert, wenn eine bisher prozeßfähige Partei, welche als solche die Vollmacht ertheilte, diese Eigenschaft verliert.[4]) Daß die Verheirathung der Machtgeberin die Gültigkeit der Prozeßvollmacht nicht alterirt, folgt ohne Weiteres aus dem § 51 Abs. 2, da die Verheirathung auf die Prozeßfähigkeit der Frau nicht einwirkt.[5]) Ebenso wirkt die von dem Vormund des Minderjährigen ertheilte Prozeßvollmacht fort, wenn der Mündel großjährig wird oder unter väterliche Gewalt kommt,[6]) oder ein anderer Vormund an seine Stelle tritt.

„aufgehoben". Es ist zu bemerken, daß im § 82 die in § 83 aufgenommenen Worte: „dem Gegner gegenüber" fehlen.[7]) Die Vollmacht bleibt auch dem Vollmachtgeber und seinen Rechtsnachfolgern, nicht blos dem Gegner gegenüber, rechtswirksam. Auch der Erbe ist also durch die Prozeßhandlungen des Prozeßbevollmächtigten gebunden, mag Letzterem der Tod des Vollmachtgebers bekannt geworden sein oder nicht[8]) und die Prozeßvollmacht dauert selbst dann fort, wenn der Vollmachtgeber stirbt, ohne Erben zu hinterlassen.[9]) Eine Bestimmung, daß der Bevollmächtigte den Tod seines Vollmachtgebers oder die andern in § 82 aufgeführten Veränderungen der Gegenpartei anzeigen müsse, wie dies in § 104 des hannover'schen Entwurfs vorgeschrieben ist,

---

[4]) Wie dies deutlicher in § 101 des hann. Entw. und § 139 des nordd. Entwurfs ausgedrückt ist.

[5]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 80, 81.

[6]) Damit fällt die in Siebenhaar, Comm. z. sächs. bürg. G. Bd. III S. 210 gemachte Bemerkung, daß eine von dem Vormunde Namens des Pflegbefohlenen ertheilte Vollmacht (actorium) mit der Beendigung der Vormundschaft erlösche, hinweg.

[7]) Sie finden sich auch in §§ 79, 80.

[8]) Prot. z. hann. E. S. 1112.

[9]) Wo kein Erbe vorhanden, kann der Staat, eine Korporation, das Vermögen erwerben, ein Interesse, Prozesse fortzuführen, kann auch für diese bestehen und die hereditas jacens kann auch längere Zeit andauern. Die Prozesse, in denen der Verstorbene Beklagter war, erhalten durch den Tod auch kein plötzliches Ende, der Bevollmächtigte hat immerhin ein Feld für seine Thätigkeit.

hat die Civilprozeßordnung nicht aufgenommen. Bei ausländischen Vollmachtgebern kann der Prozeßbevollmächtigte ohnedies oft sehr spät hievon Nachricht bekommen.

„nach Aussetzung des Rechtsstreites". Die zweite Hälfte des Paragraphen bezieht sich auf § 223, welcher eine Konsequenz des § 82 ist, insoferne er in den hervorgehobenen Fällen eine Unterbrechung des Verfahrens ausschließt, wenn eine Vertretung der Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten stattfand.[10]) Der Tod des Vollmachtgebers ist ohne Einfluß auf das Verfahren, dasselbe kann aber auf Antrag des Prozeßbevollmächtigten oder des Gegners unter Umständen ausgesetzt werden (§ 223).

„für den Nachfolger im Rechtsstreite". Diese Worte beziehen sich nicht blos auf Erben und andere Rechtsnachfolger, sondern auch auf neue gesetzliche Vertreter einer prozeßunfähigen Partei. Aber auch in diesen Fällen ist § 84 bestimmend für die Prüfung der neuen Vollmacht. Wird das Verfahren aber in den Fällen des § 82 nicht ausgesetzt, so hat der Prozeßbevollmächtigte eine neue Vollmacht nicht nöthig.

§ 83.

Dem Gegner gegenüber erlangt die Kündigung des Vollmachtsvertrags erst durch die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht, in Anwaltsprozessen erst durch die Anzeige der Bestellung eines andern Anwalts rechtliche Wirksamkeit.

Der Bevollmächtigte wird durch die von seiner Seite erfolgte Kündigung nicht gehindert, für den Vollmachtgeber so lange zu handeln, bis dieser für Wahrnehmung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat.

„erlangt die Kündigung". Durch die Zulässigkeit der Kündigung wird die Partei in den Stand gesetzt, successive verschiedene Prozeßbevollmächtigte zu bestellen. Absatz 1 bezieht sich auf Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer. Ueber die Berechtigung des

---

[10]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 80, 81.

Widerrufs oder der Kündigung entscheidet das bürgerliche Recht.[1]) Nach gemeinem Rechte,[2]) preußischem Rechte,[3]) französischem Rechte,[4]) nach bayerischem Landrechte[5]) und sächsischem Rechte[6]) kann die Vollmacht jederzeit widerrufen oder gekündigt werden.

Der § 83 trifft nur Vorsorge, daß für den Fortgang des Prozesses und insbesondere für den Prozeßgegner keine Schwierigkeiten entstehen, wenn ein Prozeßbevollmächtigter in Folge seiner Kündigung oder des Widerrufs seitens des Machtgebers ausscheidet.[7])

„erst durch die Anzeige". Wiederum analog dem Handelsgesetzbuche Art. 46 schreibt der § 83 vor, daß die Kündigung des Vollmachtsvertrags erst durch die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht, in Anwaltsprozessen aber erst durch die Anzeige von der Bestellung eines Anwalts rechtliche Wirksamkeit erlangt. Bis zu diesem Zeitpunkt geschehen also die Zustellungen an den früheren Bevollmächtigten mit Wirksamkeit,[8]) ja sie müssen an ihn erfolgen (§ 162).[9])

Die Kündigung an den Vollmachtgeber richtet sich nach dem bürgerlichen Rechte, schreibt dieses keine bestimmte Form vor, so ist jede Art der Kündigung zulässig, die schriftliche wie mündliche.[10]) Zweifelhafter ist, in welcher Weise die Anzeige von der erfolgten Kündigung zu geschehen und wer die Anzeige zu erstatten

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 80, 81. Der hann. Entw. § 108 hat diesen Grundsatz speziell ausgesprochen.

[2]) § 11 J. (III, 27); fr. 22 § 11, fr. 27 § 2 D. (XVII, 1).

[3]) Preuß. L.R. Thl. I, Tit. 13 § 159.

[4]) Code civil 2004, 2007.

[5]) Bayer. L.R. Thl. IV c. LX § 11 Nr. 1. § 12. Zu § 11 Nr. 3 ist nicht die Unzulässigkeit des Widerrufs ausgesprochen, sondern nur bestimmt, daß, was der Mandatar re non amplius integra gethan, gültig bleibe.

[6]) Sächs. bürg. G. §§ 1319, 1322. Württemberg hat gemeines Recht.

[7]) Eine Unterbrechung des Verfahrens bewirkt die Kündigung nicht. Vgl. zu § 221.

[8]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 80, 81.

[9]) Prot. z. hann. E. S. 1145.

[10]) Bei Berathung des hannover'schen Entwurfs war Kündigung mittelst Urkunde verlangt worden, Prot. z. hann. E. S. 1134.

hat. Die Pflicht zur Anzeige an die Gegenpartei liegt dem ob, der gekündigt hat; es liegt ohnedies im Interesse des Kündigenden, daß die Gegenpartei von der Kündigung so bald als möglich Nachricht erhalte. Die Anzeige, daß die Kündigung erfolgt sei, muß sich jedoch nach dem für Zustellungen an die Gegenpartei vorgeschriebenen Verfahren (§§ 152 ff.) richten,[11]) es kann also im Parteiprozesse die Zustellung durch Vermittelung des Gerichtsschreibers erfolgen.[12]) Eine Anzeige von der Veränderung der Vollmacht an das Prozeßgericht wird nicht verlangt. Sie ist aber nothwendig. Wenn auch im Parteiprozesse und wo sonst eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, das Gericht die Vollmacht des neu auftretenden Vertreters ohnehin prüfen muß, im Anwaltsprozesse hiezu die Anregung der Gegenpartei nothwendig ist, so muß doch das Gericht wissen, an wen es Ladungen, die von Amtswegen zu geschehen haben und die während des Laufs des Prozesses an die Bevollmächtigten zu richten sind, zu erlassen hat.

„Der Bevollmächtigte — wird nicht gehindert". Die Motive bemerken hiezu: „Die Vorschrift des § 83 Abs. 1 wird dadurch ermöglicht, daß dem die Vollmacht kündigenden Anwalt die Verpflichtung auferlegt wird, für den Vollmachtgeber so lange zu handeln, bis dieser für die Wahrnehmung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat. Es folgt diese Pflicht aus dem allgemeinen Rechtssatze, daß das Mandat nicht intempestive gekündigt werden darf. Inwieweit der Anwalt durch eine Versäumung dieser Verpflichtung der Partei verantwortlich wird, ist nach dem materiellen Recht zu entscheiden." Man sollte meinen, daß hiernach die Worte „wird nicht gehindert" nicht als gleichbedeutend mit „ist berechtigt", sondern als gleichbedeutend mit „ist verpflichtet" zu betrachten seien. Dem widerspricht aber nicht nur der Wortlaut des Gesetzes, sondern auch die Berathung des § in der Justizkommission. Der dort von Reichensperger beantragte Zusatz zu

---

[11]) Dafür spricht auch die Analogie der Anzeigen nach § 227.

[12]) § 463 ist nicht anwendbar, da die Gegenpartei auf die erfolgte Anzeige keine Erklärung abzugeben hat.

dem §: „daß im Anwaltsprozesse der bestellte Anwalt nach der durch ihn erfolgten Kündigung so lange für den Vollmachtgeber handeln müsse, bis dieser einen andern Anwalt bestellt hat, oder die dem Vollmachtgeber vom Gericht festgesetzte Frist zur Bestellung eines neuen Anwalts abgelaufen ist" — wurde abgelehnt und bemerkte hiebei der Vertreter des Bundesraths v. Amsberg gegenüber den Motiven, es genüge, wenn die Prozeßordnung dem Auftragnehmer auch nach der Kündigung der Vollmacht formell die Befugniß zur Prozeßführung gewähre.[13]) Also entscheidet lediglich das bürgerliche Recht über das Verhältniß zwischen Vollmachtgeber und Prozeßbevollmächtigten. Aber das gemeine Recht,[14]) das französische Recht,[15]) das preußische Landrecht,[16]) das bayerische Landrecht[17]) und das sächsische Recht[18]) verpflichten den Vollmachtnehmer so rechtzeitig zu kündigen, daß der Vollmachtgeber sich darnach richten kann und machen den Vollmachtnehmer für den durch das Zuwiderhandeln gegen diese Vorschrift dem Vollmachtgeber entstehenden Schaden verantwortlich.

§ 84.

Der Mangel der Vollmacht kann von dem Gegner in jeder Lage des Rechtsstreits gerügt werden.

Das Gericht hat den Mangel der Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen, insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist.

„Der Mangel der Vollmacht". Dem Mangel der Vollmacht steht eine mangelhafte Vollmacht, worunter aber diejenige, die

---

[13]) Prot. d. J.K. S. 516—517. Auch bei Berathung des hier gleichlautenden § 108 des hann. Entw. und § 145 des nordd. Entw. war man dieser Ansicht. Prot. z. hann. E. S. 1144, Prot. z. nordd. E. S. 252.

[14]) § 11 J. (III, 27).

[15]) Code civil. Art. 2007 Abs. 2: „Wenn jedoch diese Aufkündigung dem Machtgeber Nachtheil bringt, so muß ihn der Bevollmächtigte deshalb entschädigen" u. s. w.

[16]) Preuß. L.R. Thl. I Tit. 13 §§ 160, 172.

[17]) Bayer. L.R. Thl. IV, c. IX § 12 Nr. 2, 3.

[18]) Sächs. bürg. G. § 1322.

eine unzulässige Beschränkung enthält, nicht zu rechnen ist, da eine solche Beschränkung dem Prozeßgegner gegenüber ohne Einfluß ist (§ 79), gleich.[1]) Aus dem Mangel der Vollmacht kann keine prozeßhindernde Einrede abgeleitet werden. § 247 Nr. 6 bezieht sich nur auf den Mangel der gesetzlichen Vertretung nach den §§ 50—56. In den Motiven zu § 247 Nr. 6 (§ 238 des Entwurfs) wird zwar neben den §§ 50—55 auf § 84 (§ 82 des Entwurfs) besonders hingewiesen, allein bei Berathung desselben wurde ein Antrag des Reichstagsabgeordneten Bähr, der Nr. 6 beizusetzen „oder der mangelnden Bevollmächtigung zum Prozesse" abgelehnt, nachdem der Vertreter des Bundesraths v. Amsberg ganz richtig bemerkt hatte, daß der Beklagte dann die Einrede der fehlenden Vollmacht nur in der ersten Verhandlung erheben, der Kläger während des ganzen Prozesses nachfordern könne, auch nur der Beklagte eine gesonderte Entscheidung extrahiren könne.[2]) Dagegen giebt der Mangel der Prozeßvollmacht Grund zur Revision und zur Nichtigkeitsklage. Daß sich § 542 Nr. 4 über die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage nicht nur auf den Mangel der gesetzlichen Vertretung nach den §§ 50—55, sondern auch auf den Mangel der Prozeßvollmacht bezieht, geht aus den Motiven zu § 518 des Entwurfs (§ 542) klar hervor. Im letzten Absatz dieser Motive ist bemerkt: „Die Nr. 4 (2 d. Entw.) trifft die beiden Fälle, daß eine Partei gar nicht oder nur durch eine nicht berechtigte Person vertreten gewesen ist. Die beigefügte Ausnahme entspricht den angenommenen Grundsätzen über die Genehmigung der ohne Auftrag erfolgten Prozeßführung (§§ 85, 513 Nr. 5, 867 Nr. 3)."[3]) Durch die Hinweisung auf § 513 Nr. 5 wird erläutert, daß diese Gesetzesstelle sich gleichfalls auf den Mangel der Prozeßvollmacht bezieht, abgesehen von der Anwendbarkeit des § 512.

---

[1]) Prot. z. hann. E. S. 1331.

[2]) Prot. d. J.K. S. 79—80. In der zweiten Lesung wurde kein Anstand erhoben. S. 543.

[3]) Auch die Motive zu § 85 (83 des Entw.) nehmen auf § 542 Nr. 4 Bezug. Vergl. zu § 85. Für die Nichtigkeitsklage tritt hier die gewöhnliche Verjährung ein. § 549 Abs. 2.

„Dem Gegner". Die Partei selbst kann den äußern Mangel ihrer Vollmacht nicht rügen.[4])

„in jeder Lage des Rechtsstreits", also auch in jeder Instanz, aber auch schon in den vorbereitenden Schriftsätzen, wie überhaupt im vorbereitenden Verfahren. Ist aber ein Endurtheil erlassen, ohne daß die Partei den Mangel der Prozeßvollmacht ihres Gegners gerügt hat (§ 85), so hat sie sich die hieraus entspringenden Nachtheile selbst zuzuschreiben, auch dann, wenn das Gericht den Mangel von Amtswegen zu berücksichtigen hatte und es erübrigt ihr lediglich von den ihr zustehenden Rechtsmitteln Gebrauch zu machen.

„von Amtswegen zu berücksichtigen". Die Civilprozeßordnung hat die Offizialprüfung für den Anwaltsprozeß gänzlich aufgehoben. Die Anwälte sind nicht nur befähigt, ihre Vollmacht gegenseitig zu prüfen, sondern ihre Stellung gewährt auch die Garantie, daß sie diese Prüfung ordnungsmäßig vornehmen werden. Mit Rücksicht hierauf erscheint es statthaft, in Anwaltsprozessen die Prüfung des Vollmachtpunktes von Amtswegen fallen zu lassen und dieselbe den Parteien zu überweisen. Die Folge ist, daß das Gericht mit der Prüfung des Vollmachtspunktes nur befaßt wird, wenn darüber Streit unter den Parteien entsteht, daß mithin das Gericht einen Anwalt, welcher für eine Partei (im Anwaltsprozesse) auftritt, so lange als Prozeßbevollmächtigten zu betrachten hat, als nicht von der Gegenpartei der Mangel der Vollmacht gerügt worden ist[5]) und es hat dies selbst in dem Falle zu geschehen, daß dem Gerichte der Mangel der Vollmacht bekannt ist.[6]) Uebrigens kann das Gericht Beglaubigung der Vollmacht von Amtswegen nicht verlangen (§ 76 Abs. 2.)

„insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist". Vergleiche hierüber S. 382 zu § 75.

Der § enthält sich der näheren Bestimmungen, wann das Gericht die amtliche Prüfung der Vollmachten im Parteiprozesse

---

[4]) Prot. z. norbd. E. S. 204. Vgl. auch § 85 Abs. 2.

[5]) Bes. Begr. d. E. zu § 82.

[6]) Denn die Prozeßhandlungen können nachträglich genehmigt werden.

zu bewirken hat und in welchem Stadium die Partei dem Gegner die Vollmacht vorlegen muß. Daß das Gericht im Parteiprozesse den Vollmachtspunkt in der mündlichen Verhandlung berücksichtigen solle, geben die §§ 130 Abs. 2 und 300 Nr. 1 zu erkennen. Der Gegner kann aber zu jeder Zeit den Mangel der Vollmacht rügen und den § 76 vorgeschriebenen Nachweis der Bevollmächtigung fordern.[7])

Der § enthält sich aber auch der näheren Bestimmungen, wie zu verfahren, wenn die Vollmacht beanstandet wird. Da muß § 85 zur Anwendung kommen, aber nach Verschiedenheit der Fälle wird auch das Verfahren ein verschiedenes sein. Wenn es sich nur darum handelt, daß eine Privatvollmacht beglaubigt werden soll, kann offenbar von Anwendung des § 85 nicht die Rede sein, denn hier hat der Bevollmächtigte eine gesetzliche Vollmacht. Hier wird lediglich aus § 85 die Vorstreckung der Frist und die Aussetzung des Endurtheils zu berücksichtigen sein.

§ 85.

Handelt Jemand für eine Partei als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht, so kann er gegen oder ohne Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden zur Prozeßführung einstweilen zugelassen werden. Das Endurtheil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beibringung der Genehmigung zu bestimmende Frist abgelaufen ist.

Die Partei muß die Prozeßführung gegen sich gelten lassen, wenn sie auch nur mündlich Vollmacht ertheilt oder wenn sie die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.

„Geschäftsführer ohne Auftrag“. Das kann im Anwaltsprozesse nur ein bei dem Gerichte zugelassener Rechtsanwalt sein. Der § stellt den negotiorum gestor und den Mandatar ohne Beibringung einer Vollmacht auf gleiche Stufe.[1]) Uebrigens liegt das durch die Prozeßführung ohne Auftrag zwischen dem

---

[7]) Bes. Begr. d. E. zu § 82.

[1]) Prot. z. nordd. E. S. 263.

Vertreter und der vertretenen Partei entstehende Rechtsverhältniß außerhalb des Bereichs der Prozeßordnung im materiellen Rechte. Die Civilprozeßordnung überläßt demselben auch die Entscheidung der civilrechtlichen Frage, ob und in wie weit der unbeauftragte Prozeßvertreter bei ausbleibender Genehmigung der Prozeßführung dem Gegner für die Kosten und Schäden des Prozesses verantwortlich ist.[2])

„Sicherheitsleistung", vergl. hierüber § 101. Die Sicherheitsleistung erstreckt sich aber nicht auf den Gegenstand des Rechtsstreits, sondern nur auf die Kosten und Schäden, die dem Prozeßgegner durch die Nichtgenehmigung der Prozeßführung entstehen. Insofern kann der Gegenstand des Rechtsstreits mit in Komputation gezogen werden, als die Erledigung desselben z. B. eine Waarenlieferung, durch die Prozeßführung eines falsus procurator verzögert wird und hiedurch Schaden entsteht.

„Kosten und Schäden". Es ist selbstverständlich, daß hier das Gesetz nicht an die Schäden im Sinne des § 4 denkt. Es sind Versäumnisse der Partei, Nachtheile, die durch Verzögerung des Prozesses entstehen u. dgl. darunter zu subsumiren.

„so kann er — einstweilen zugelassen werden". Im Anwaltsprozesse wird er (vorausgesetzt, daß ein zugelassener Anwalt auftritt), selbst wenn der Mangel seiner Vollmacht gerichtsnotorisch ist,[3]) zugelassen, so lange die Gegenpartei oder ihr Vertreter keinen Anstand erhebt. Erst nach solcher Beanstandung tritt, wie im Parteiprozesse auch ohne solche, das Recht des Gerichts ein, den Geschäftsführer zurückzuweisen. Durch den § 85 wird es dem freien Ermessen des Gerichts überlassen, ob es im einzelnen Falle Jemand, der für eine Partei als Geschäftsführer ohne Auftrag, oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht, handelt, zur Prozeßführung einstweilen zulassen oder ob es die Zulassung eines solchen Vertreters nur gegen eine Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden gestatten will. Wird in der vom Gerichte vorzustreckenden Frist Sicherheit nicht geleistet, so

---

[2]) Bes. Begr. d. E. z. § 83 letzter Absatz.

[3]) Vergl. S. 411 u. Anm. 6 daselbst.

gilt die Partei als nicht vertreten. Durch die Bestimmungen des Abs. 1 des § wird, sowohl für die Fälle, in welchen eine Vollmacht noch nicht oder noch keine ordnungsmäßige Vollmacht vorgelegt werden kann, als auch für die Fälle Sorge getragen, in welchen eine Partei durch Abwesenheit oder durch andere Gründe an eigener Wahrnehmung ihrer Rechte behindert ist und daher dritte Personen ohne Auftrag die bedrohten Rechte der ersteren wahrnehmen.[4])

Um im weitesten dem Bedürfnisse zu genügen, kann in Vertretung einer Partei nicht bloß eine Person handeln, welche eine vermuthete Vollmacht für sich hat, sondern Jeder, welcher überhaupt als Bevollmächtigter der Partei auftreten darf (§§ 74, 75), also selbstverständlich im Anwaltsprozesse nur ein Rechtsanwalt. Der § 85 stellt ferner nicht die Bedingung der Bescheinigung des ertheilten Auftrags oder der wahrscheinlichen Genehmigung durch Vorlegung eines Schreibens oder auf die Hauptsache bezüglichen Urkunde der Partei, denn die Geschäftsführung ohne Auftrag würde hiedurch ausgeschlossen werden. Die durch das Prozeßgericht erfolgende Zulassung des Vertreters ermächtigt den nicht legitimirten Vertreter zur wirksamen Vornahme aller Prozeßhandlungen, verpflichtet den Gegner zur Verhandlung des Rechtsstreits mit dem zugelassenen Vertreter und ermöglicht die vorläufige Verhandlung des Prozesses bis auf die Fällung des Endurtheils.[5])

„Das Endurtheil.“ Wenn auch die Vollmacht nicht beigebracht wird, ist das Endurtheil gegen die Partei und nicht gegen den falsus procurator zu richten.[6])

---

[4]) Bes. Begr. d. E. zu § 83.

[5]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[6]) Dies sei die Ansicht des §, entgegnete der Vertreter des Bundesraths v. Amsberg auf eine Erinnerung Gaupp's, daß in solchem Falle nur über die von dem falsus procurator verursachten Kosten, da die Partei möglicherweise von dem procurator gar keine Kenntniß habe, entschieden werden könne. Prot. d. J.K. S. 517. Allerdings haftet der falsus procurator für die durch ihn entstandenen Folgen.

Die Partei trifft das Versäumungsurtheil. Will sie dieses verhüten, so muß sie die Prozeßhandlungen des Geschäftsführers vor Ablauf der zur Beibringung der Genehmigung bestimmten Frist auch genehmigen. Wenn übrigens auch das Endurtheil vor beigebrachter Genehmigung nicht erlassen werden darf, so unterliegt doch keinem Zweifel, daß die im Laufe des Prozesses[7]) vorkommenden Zwischenbescheide und Beweisbeschlüsse erlassen werden können, daß über beantragte Arreste und einstweilige Verfügungen Entscheidung getroffen werden kann.[8])

„Für die Beibringung der Genehmigung zu bestimmende Frist." Die Frist ist nicht der Partei sondern dem Geschäftsführer ohne Auftrag oder angeblich Bevollmächtigten vorzustrecken. Die Partei selbst müßte genehmigen, kann aber nicht wohl ihre eigene Genehmigung beibringen. Das Gericht hat die Frist nach seinem Ermessen festzusetzen. Während sie läuft, ruht der Rechtsstreit nicht, sondern wird bis zur Erlassung des Endurtheils fortgeführt. Für den fruchtlosen Ablauf der Frist gilt die Annahme, daß die Genehmigung versagt sei, und es wird in diesem Falle die Partei als nicht erschienen behandelt.[9]) Sie unterliegt daher dem Versäumungsverfahren (§§ 295 ff.).[10])

Dasselbe ist der Fall, wenn das Gericht einen nicht oder nicht gehörig Bevollmächtigten zur einstweiligen Prozeßführung zuläßt.

„auch nur mündlich Vollmacht ertheilt." Gegenüber der vertretenen Partei ist die Prozeßführung des einstweiligen Vertreters gültig, wenn die Partei auch nur mündlich Vollmacht ertheilt oder wenn sie die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat. Der erste Theil der Vorschrift bewirkt für das Gebiet des preußischen Rechts die durch die Verkehrsbedürfnisse erforderte Modification, daß auch der mündliche

---

[7]) Vergl. zu § 77, 78.

[8]) Prot. z. nordd. E. S. 263.

[9]) In § 106 des hann. E. wurde dies ganz bestimmt ausgesprochen.

[10]) Bes. Begr. d. E. a. a. O. Vorausgesetzt wird aber natürlich, daß die Partei geladen und die Ladung als ordnungsmäßig nachgewiesen ist (§ 300).

Auftrag zur Prozeßführung ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitgegenstandes die Anfechtung desjenigen, was in Folge des Auftrags verhandelt ist, ausschließt. Der zweite Theil ist den grundsätzlichen Bestimmungen des Entwurfs über die Nichtigkeit des wider eine nicht gesetzlich vertretene Partei gekehrten Verfahrens (§ 524 Nr. 4) konform.[11])

„ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat." Der § erklärt damit deutlich, daß eine spezielle schriftliche Erklärung zu den Akten nicht erfordert wird. Die stillschweigende Genehmigung kann begreiflich auf verschiedene Art sich äußern, durch Unterwerfung unter das Urtheil, durch Anfechtung desselben ohne Geltendmachung des Mangels der Vollmacht des Vertreters und andere dergleichen konkludente Handlungen. Durch den Schlußsatz des § ist übrigens ermöglicht, daß ein Prozeß ohne vorgängige Vollmacht durchgeführt wird, insofern nur immer die vorgenommenen Handlungen des nicht bevollmächtigten Vertreters genehmigt werden, was in jeder Instanz von Neuem geschehen kann.

§ 86.

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Partei mit jeder prozeßfähigen Person als Beistand erscheinen.

Das von dem Beistande Vorgetragene gilt als von der Partei vorgebracht, insoweit es nicht von dieser sofort widerrufen oder berichtigt wird.

Der § 86 begründet sich durch die Nothwendigkeit, den Prozeßparteien die möglichste Freiheit in der Rechtsverfolgung zu gewähren. Die Zuziehung von Beiständen im Anwaltsprozesse ist durch das Prinzip des § 74 Abs. 1 begrifflich ausgeschlossen. Im Parteiprozesse sind dagegen die Parteien befugt, vor Gericht mit jeder prozeßfähigen Person (§ 75)[1]) als Beistand zu erscheinen. Die Befähigung zum Beistande wird der Qualifikation zum Be-

---

[11]) Bes. Begr. d. E. zu § 83.

[1]) In den Motiven steht statt „Person" aus offenbarem Uebersehen „Partei".

vollmächtigten parallel behandelt. Demgemäß können auch Frauenspersonen als Beistände auftreten.[2])

Ueber die Tragweite der Worte „mit jeder prozeßfähigen Person" vergleiche übrigens die Bemerkung zu § 75 unter „durch jede prozeßfähige Person."

„Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist". Vergleiche hierüber wieder die Bemerkung zu § 75 unter den gleichen Worten. Die Partei ist demnach nicht blos im Parteiprozesse berechtigt, sich eines Beistandes zu bedienen.

Hinsichtlich der Zulassung der Beistände gilt die allgemeine Regel des § 143 und in Betreff der Wirksamkeit der von dem Beistande ohne Widerspruch abgegebenen Erklärung die analoge Vorschrift des § 81.[3])

„Das vom Beistande Vorgetragene". Nicht blos Geständnissen und anderen thatsächlichen Erklärungen (§ 81) kann die Partei entgegentreten, sondern dem „Vorgetragenen", also auch den Rechtsausführungen des Beistandes, der seinen Vortrag nur in Gegenwart seiner Partei oder ihres Vertreters halten darf. Der Beistand ist nicht Prozeßbevollmächtigter, er bedarf, weil er ohne Anwesenheit der Partei gar nicht handeln darf, keiner Vollmacht.

Fünfter Titel.

Prozeßkosten.

§ 87.

Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit dieselben nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren.

---

[2]) Prot. z. nordd. E. S. 257.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu § 84.

Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei sind in allen Prozessen zu erstatten, Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts jedoch nur insoweit, als die Zuziehung nach dem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig war. Die Kosten mehrerer Rechtsanwälte sind nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten eines Rechtsanwalts nicht übersteigen, oder als in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eintreten mußte.

Der § giebt nur Vorschriften über die wechselseitigen Rechtsverhältnisse der Parteien in Betreff der Prozeßkosten. Die Rechte des Justizfiskus und der von den Parteien im Prozesse in Anspruch genommenen Beamten bezüglich Sporteln und Gebühren stehen hier außer Frage. Der fünfte Titel enthält nicht alle Vorschriften über die Prozeßkosten, vielmehr sind zahlreiche Spezialbestimmungen des Zusammenhangs wegen und zur Vermeidung von Wiederholungen an den betreffenden Stellen des besonderen Theils gegeben. Kostenrechtliche Vorschriften enthalten namentlich die §§ 216 Abs. 3, 351 Abs. 2, 256 Abs. 2, 309 für den Fall der Säumniß, die §§ 243 Abs. 3, 476 Abs. 3, 529, 530 für die Fälle der Zurücknahme von Klagen und Rechtsmitteln, die §§ 632, 638 für das Mahnverfahren, § 563 Abs. 2 für den Urkunden- und Wechselprozeß, die §§ 344, 345, 366 für Zeugen, § 378 für Sachverständige, die §§ 697, 708, 719 für die Zwangsvollstreckung, die §§ 591, 601, 614, 626 regeln die Fälle des Ehe- und Entmündigungsverfahrens, in denen der Staatsanwalt als Partei auftritt und unterliegt.[1])

Der § geht von dem Grundsatze aus, daß das Unterliegen in der Hauptsache als Rechtsfolge die Verantwortlichkeit für die Prozeßkosten nach sich zieht. In Anwendung dieses Prinzips bestimmt derselbe, daß der Unterliegende insbesondere die dem Gegner erwachsenden Kosten zu erstatten hat. Ausnahmen von dieser Regel enthalten die §§ 89—91 und 92 Abs. 2.[2])

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 85—97.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu § 85.

„Die Kosten des Rechtsstreits". Gegenstand der Erstattungspflicht sind die durch den Prozeß entstandenen Kosten der Partei, ohne Rücksicht darauf, ob dieselben an das Gericht oder einen andern Zahlungsempfänger gezahlt sind, die gerichtlichen wie außergerichtlichen Kosten,[3]) also nicht diejenigen Kosten, welche Gegenstand des Streits waren (§ 4)[4]); diese fallen nicht unter § 87. Die Motive bemerken hiezu weiter: Außerhalb des Prozeßkostenersatzes liegen Ansprüche, deren Fundament nicht allein durch die Thatsache des Obsiegs im Rechtsstreite, sondern durch weitere Umstände begründet werden. Solche Forderungen sind im besonderen Prozesse zu erheben.[5])

Kosten für Arreste und Vorsichtsverfügungen, welche mit dem Rechtsstreite zusammenhängen, gehören zu den Prozeßkosten[6]), ebenso Kosten, die durch Erhebung zur Sicherung des Beweises (§§ 447 ff.) entstanden sind, auch wenn von den Beweismitteln nicht Gebrauch gemacht wurde,[7]) die Kosten eines vorgängigen Mahnverfahrens, gegen welches Widerspruch erhoben wurde (§ 638), die Kosten eines vereitelten Sühneversuchs (§ 471 Abs. 3).

Zu den Kosten des Rechtsstreits gehören aber auch die Kosten der Zwangsvollstreckung. Der Rechtsstreit hat allerdings durch rechtskräftiges Endurtheil sein Ende erreicht, aber die Kosten der Zwangsvollstreckung erwachsen nur in Folge des Obsiegs der Partei.

„insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten". Dahin gehören nicht blos die von dem Gegner bezahlten Kosten für Sporteln, Vollmacht, Zeugengebühren und dergleichen, sondern auch seine eigenen Auslagen für Reisen, Zeitversäumnisse

---

[3]) Bes. Begr. d. E. zu § 85.

[4]) S. 14. Vergl. auch § 292.

[5]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[6]) Vergl. übrigens hiezu die Bemerkungen zu den §§ 802, 805 Abs. 1, 807 Abs. 2. Auch ist hier § 91 zu berücksichtigen.

[7]) Eine andere Frage ist, ob sie dann dem Gegner überbürdet werden können, wenn er zur Tragung der Prozeßkosten verurtheilt wird; auch solche Fälle lassen sich denken, z. B. wenn der Gegner eine Thatsache leugnete aber nach Erhebung zur Sicherung des Beweises und vor dem Beweisbeschluß zugestand.

u. s. w. Das Gesetz spricht allerdings hier von Erstattung erwachsener Kosten, man darf sich aber dadurch nicht irre leiten lassen und muß auf das Wort „insbesondere" Gewicht legen, woraus hervorgeht, daß das Erstatten der baaren Auslagen nur ein theilweises Tragen der Prozeßkosten bildet, von dem selbst die Zulassung zum Armenrechte nicht befreit (§ 108).

Der Kostenfestsetzungsbeschluß hat sich über die Glaubhaftmachung der Ansätze zu erstrecken (§§ 98, 99), verlangt aber nicht den Nachweis, daß sie auch bezahlt sind;[8]) die gebührenordnungsmäßigen Ansätze der Anwälte sind zu genehmigen, auch wenn sie der Anwalt der von ihm vertretenen Partei stundet. Auf diese Gesammtkosten hat sich der Vollstreckungsbeschluß zu erstrecken und der Gegner kann sich nicht durch den Einwurf schützen, daß der Impetrant einen Theil der Kosten selbst noch nicht bezahlt habe. Die Motive sagen: „Das Kostenfestsetzungsverfahren soll in jedem Prozesse nur einmal erfolgen;"[9]) die siegende Partei kann nicht einen Theil der Kosten festsetzen lassen, soweit sie bezahlt sind, und später, wenn sie wieder einen Theil bezahlt hat, diesen.

„soweit dieselben nach freiem Ermessen — nothwendig waren". Das Gericht entscheidet über die liquidirten Kosten nach freiem Ermessen.[10]) Das Gericht hat solchergestalt frei zu würdigen über den Ersatz der Kosten einer vom Beklagten geschehenen Streitverkündung, ob für Streitgenossen genügende Veranlassung vorlag, mehrere Anwälte zu bestellen,[11]) ob die Partei Grund

---

[8]) Sonst könnte der Anwalt in seinen eigenen Prozessen (§ 74 Abs. 3) nie seine Gebühren von dem unterliegenden Gegner verlangen.

[9]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 95—97 Abs. 4. Das ist freilich nicht zutreffend, wenn auf Grund eines vorläufig für vollstreckbar erklärten Urtheils Kostenfestsetzung verlangt wird. Vergl. zu § 93.

[10]) Also wie der hann. Entw. § 67 und der nordd. Entw. § 149 noch besonders beifügen „ohne Zulassung eines Beweisverfahrens."

[11]) Das ist natürlich immer der Fall, wenn die Streitgenossen entgegengesetzte Interessen am Ausgange des Rechtsstreites haben. Die durch Bestellung mehrerer Anwälte erwachsenen Kosten sind nicht deßhalb allein als nothwendige anzusehen, weil die Partei aus mehreren Streitgenossen besteht. Osterloh der ord. bürg. Proz. § 198 Anm. 4 a. E. Vergl. auch § 90—93.

hatte, neben dem Prozeßbevollmächtigten im Termine persönlich zu erscheinen,[12]) über die Kosten für Beistände, ob die Kosten der Beweisaufnahme z. B. des Zeugenbeweises insgesammt nothwendig waren, ob die Kosten für Handlungen der Zwangsvollstreckung zweckmäßig verwendet sind, z. B. im Falle des § 742 u. s. w.[13]) Entscheidend für die Ersatzpflicht ist aber immer nur, ob die einzelnen Handlungen, durch welche die Kosten entstanden sind, nach der Ansicht des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren, ohne allen Einfluß ist aber, ob sie auch wirklich einen Erfolg erzielten.

„nothwendig waren". Daß die Partei die durch die Schuld des Gegners entstandenen Kosten nicht zu ersetzen braucht, ist bei den einzelnen Fällen (z. B. § 90) bemerkt. Zu den nicht nothwendigen Kosten gehören aber auch die überflüssigen, wie z. B. die Kosten einer Zeugenvernehmung überhaupt, wenn der Beweisführer dasselbe Resultat durch Vorlage einer öffentlichen Urkunde hätte erreichen können und dies wissen mußte.

„Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei". Abs. 2 des § gilt für den Anwaltsprozeß wie für den Parteiprozeß. Die Motive bemerken hiezu: Die Festsetzung, daß auch im Parteiprozesse die Anwaltskosten von Rechtswegen als zweckentsprechende Kosten der Rechtsverfolgung und Rechtsvertheidigung gelten, ist schon bestehendes Recht nach Württemberg Art. 147 und Bayern Art. 106.[14])

„Reisekosten eines auswärtigen Anwalts". Es fragt sich, ob überhaupt am Gerichtssitze ein der Partei zur Verfügung stehender Rechtsanwalt aufgestellt ist, was bei Amtsgerichten in der Regel nicht der Fall sein wird. Hierauf bezieht sich die Bestimmung des Gesetzes nicht, es soll damit das Zuziehen eines

---

[12]) Vergl. § 74 Anm. 1.

[13]) Bes. Begr. d. E. zu § 85.

[14]) Bes. Begr. d. E. a. a. O. Abs. 6. Ein Antrag, im Parteiprozesse die Erstattung der Anwaltskosten auszuschließen, wurde von der Justizkommission abgelehnt. Prot. d. J.K. S. 660. Die Ansicht in Seuffert C.P.O. zu § 87 Nr. 2, daß das Gericht im Parteiprozesse zu prüfen habe, ob überhaupt ein Anwalt nothwendig war, ist offenbar nicht richtig.

Fremden statt eines Anwalts in loco oder neben einem solchen betroffen werden.

„Die Kosten mehrerer Anwälte". Mit diesem Satze wird die Kollektivbevollmächtigung sowie die successive Bevollmächtigung mehrerer Anwälte betroffen. Wenn die Partei sich ohne Nothwendigkeit des Wechsels successive mehrerer Anwälte bedient hat, so braucht der Gegner die Kosten nur bis zur Höhe der Vertretung durch einen Rechtsanwalt zu erstatten.[15])

Wenn die Motive hier sagen „ohne Nothwendigkeit bedient hat", so scheiden sie Fälle, in denen eine Aenderung in der Person des Anwalts eintreten mußte, weil er verstorben ist, weil ihm die Advokatur entzogen wurde u. dgl. selbstverständlich aus. Hier müssen die Kosten mehrerer Anwälte der obsiegenden Partei von der Gegenpartei ersetzt werden. Ein nothwendiger Wechsel tritt auch ein durch die Kündigung des Anwalts (§ 83 Abs. 2)[16]), ob auch durch die Kündigung des Vollmachtgebers ist prinzipiell nicht zu entscheiden, es kommt auf die Lage der einzelnen Fälle an. Man wird keiner Partei zumuthen können, sich des Kostenersatzes wegen ferner eines Anwalts zu bedienen, der sich durch besondere Nachlässigkeit ausgezeichnet und gegen den Auftrag der Partei gehandelt, zu dem diese alles Zutrauen verloren hat.

Die gleichzeitige Vertretung durch mehrere Anwälte kann mehr Kosten verursachen durch Beglaubigung verschiedener Vollmachten, durch das Plaidoyer mehrerer Anwälte;[17]) auch hier hat der unterliegende Prozeßgegner nur die Kosten für einen Anwalt zu ersetzen, ebenso, wenn Streitgenossen bei ganz gleichem Interesse sich mehrerer Anwälte bedient haben.

Durch den § werden die civilrechtlichen Bestimmungen über die Haftung der Prozeßbevollmächtigten, Vertreter u. s. w. nicht berührt.

---

[15]) Bes. Begr. d. E. zu § 35.

[16]) Aber auch diese kann durch Schuld der Partei veranlaßt sein, wenn z. B. der Anwalt kündigte, weil die Partei nicht zur Informationsertheilung zu vermögen war, sich Ehrenkränkungen gegen den Anwalt erlaubte und drgl. Hier hat sich allerdings die Partei ohne Nothwendigkeit mehrerer Anwälte bedient, wenn sie nach der Kündigung einen andern Anwaltsbevollmächtigen mußte.

[17]) Vergl. S. 400—401.

Der Ausspruch über den Kostenersatz[18]) hat auch ohne Antrag einer Partei im Endurtheile zu erfolgen (§§ 279 Abs. 2, 284 Nr. 5, 292), sofern nicht Veranlassung gegeben ist, über die Kosten einzelner Prozeßhandlungen sowie eines Zwischenverfahrens durch Zwischenurtheil früher zu entscheiden (§§ 90, 97). Das ist z. B. der Fall, wenn über eine prozeßhindernde Einrede abgesondert verhandelt (§§ 248, 465), dieselbe aber verworfen wird.[19]) In solchen Fällen kann aber eine Zwangsvollstrehung wegen der Kosten nur dann stattfinden, wenn gegen eine solche Entscheidung (abgesehen von der Berufung und Revision) das Rechtsmittel der Beschwerde zulässig ist (§ 702 Nr. 3). Uebrigens können Urtheile im Kostenpunkte für vorläufig vollstreckbar erklärt werden (§ 644 Abs. 1.)

Daß sich das Urtheil über die Kosten der Nebenintervention auszusprechen habe, wird in den Motiven besonders betont.[20]) Die Unterlassung eines Ausspruchs über den Kostenpunkt im Urtheile hat eine Ergänzung desselben zur Folge; so lange diese nicht stattfand, kann Kostenersatz von dem Prozeßgegner nicht gefordert werden (§ 292).

§ 88.

Wenn jede Partei theils obsiegt, theils unterliegt, so sind die Kosten gegen einander aufzuheben oder verhältnißmäßig zu theilen.

Das Gericht kann der einen Partei die gesammten Prozeßkosten auferlegen, wenn die Zuvielforderung der andern Partei eine verhältnißmäßig geringfügige war und keine besondern Kosten veranlaßt hat, oder wenn der Betrag der Forderung der andern Partei vor der Festsetzung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittelung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Berechnung abhängig war.

---

[18]) Verschieden davon ist der Kostenfestsetzungsbeschluß (§ 98), der in der Regel dem Urtheile nachfolgt.

[19]) Prot. z. hann. Entw. S. 4919.

[20]) Bes. Begr. d. Entw. z. § 94.

Dem Grundsatze des § 87 ist entsprechend, daß im Falle des theilweisen Unterliegens beider Parteien die Kosten gegen einander aufzuheben oder verhältnißmäßig zu theilen sind. Denn eine genauere Scheidung der Kosten, je nachdem dieselben durch das Unterliegen des einen oder andern Theils veranlaßt sind, ist nicht ausführbar.[1])

„theils obsiegt theils unterliegt" bezieht sich auf den Rechtsstreit in seiner Totalität, nicht auf einen einzelnen Klaggegenstand; es fällt eine Klaganhäufung, wenn eine Klage zu Gunsten, eine zum Nachtheile des Klägers entschieden wird, ebensogut darunter, wie eine Forderung, von der nur ein Theil zuerkannt wird.

„gegen einander aufzuheben". Es muß dabei unberücksichtigt bleiben, ob alle Gerichtskosten schon eingezogen sind; auch die nicht eingezogenen trägt die Partei, die sie veranlaßt hat. Die Motive bemerken hiezu: Das Aufheben der Kosten gegen einander bezeichnen die preuß. A.G.O. I, 23 §§ 3, 4 als Kompensation; Hannover § 47 und sächs. Entw. § 273, preuß. Entw. § 1339 als Vergleichung. Die nur uneigentlich als Kompensation zu bezeichnende Maßregel besteht darin, daß jeder Theil die von ihm aufgewendeten Kosten oder noch aufzuwendenden Kosten ohne Ersatzanspruch selbst trägt (Bayern Art. 109).[2])

„verhältnißmäßig zu theilen". Die verhältnißmäßige Theilung der Kosten unter den Parteien kann in sehr verschiedener Weise geschehen; so kann das Gericht der einen Partei eine bestimmte Summe — pars quanta — der Kosten auferlegen und die andere Partei mit dem Reste belasten; das Gericht kann aber auch die Kosten nach bestimmten Antheilen — pars quota — vertheilen, und zwar kann die letztere Theilung die gesammten Prozeßkosten umfassen oder sich auf einen Theil derselben beschränken. In dem ersten Falle werden die gesammten, beiden Theilen erwachsenden Prozeßkosten als ein Ganzes behandelt und von der Gesammtsumme wird jedem Theile eine bestimmte Quote zur Last gelegt. In dem letzteren Falle wird der einen Partei ein aliquoter Theil

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 86.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu § 86.

des Gegners zur Erstattung auferlegt, während im Uebrigen die Kosten beider Theile verglichen werden.[3])

„Das Gericht kann". Abs. 2 des § stellt es demnach dem Ermessen des Gerichts anheim, ob in den bezeichneten Fällen eine Kompensation oder eine verhältnißmäßige Theilung eintreten oder die Gesammtkosten der einen oder anderen Partei überbürdet werden sollen.

„wenn die Zuvielforderung — veranlaßt hat." Es ist zu berücksichtigen, daß die beiden Voraussetzungen der ersten Alternative kopulativ verbunden sind. Hat eine geringfügige Zuvielforderung der andern Partei Kosten verursacht, so fällt die in Abs. 2 enthaltene Berechtigung des Gerichts weg.

Unter Zuvielforderung kann hier die plus petitio tempore nicht gerechnet werden,[4]) auf diese paßt das Epitheton „geringfügig" nicht, wohl aber kann die plus petitio tempore Veranlassung geben, dem Sieger sämmtliche Kosten zu überbürden.[5])

„richterliches Ermessen". Die Motive führen als Grund für die zweite Alternative in Abs. 2 des § an, daß es der Partei kaum möglich war, die Mehrforderung zu vermeiden. Dies zu prüfen, wird bei Anwendung des § immerhin nothwendig sein.

---

[3]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[4]) Bei Berathung des hann. E. wurde ein Antrag dahin gehend: „Wenn der bestrittene Anspruch erst im Laufe der Verhandlung fällig wurde oder die Abweisung des Klägers auf den Grund einer erst nach Behändigung der Klage entstandenen Einrede erfolgte, so ist dem Sieger der Ersatz der vorher entstandenen Kosten aufzulegen" verworfen, theils weil man keine Kasuistik wollte, theils weil der Inhalt die gemeinrechtlich sehr bestrittene Frage, ob wenn das Recht erst im Laufe des Rechtsstreits entstehe, die Klage namentlich nach der von Savigny verfochtenen Ansicht abzuweisen oder Verurtheilung des Beklagten zu erfolgen habe, entscheide. Prot. z. hann. E. S. 873—879.

[5]) Vergl. z. § 89 a. E. Führt die plus petitio tempore nicht zur Klagabweisung oder zu einem Kostenausspruche nach § 89, sondern wird die zu früh eingeklagte Forderung auch aus andern Gründen bestritten, so kann die an jene sich anlehnende plus petitio re im Zinsenpunkte die Anwendbarkeit des § 88 Abs. 1 oder 2 anregen. Eine Pluspetition enthält die Klage, welche von mehreren alternativen Verpflichtungen des Gegners eine bestimmte beansprucht. Vergl. zu § 230 unter „sowie einen bestimmten Antrag."

Bei widersprochenem Werth des Streitgegenstandes behufs der Zuständigkeit muß eine Schätzung desselben nach richterlichem Ermessen eintreten (§ 3 ff.) Wenn nun das richterliche Ermessen am Schlusse des Prozesses dem richterlichen Ermessen bei Beginn desselben widerspricht und nach letzterem statt des Landgerichts das Amtsgericht, bei welchem weniger Kosten erwachsen wären, zuständig gewesen wäre, steht dies gleichwohl der Anwendung des Absatz 2 nicht entgegen.

„von der Ausmittelung durch Sachverständige". Diese Ausmittelung steht dem richterlichen Ermessen gleich. Das Eine oder Andere kann Grund zur Auferlegung der Kosten sein.

„einer gegenseitigen Berechnung" d. h. nicht nur eine im Laufe des Prozesses nothwendig gewordene Berechnung, sondern auch des vorbereitenden Verfahrens in Rechnungssachen (§§ 313 ff.) ist hieher zu rechnen, aber nicht die Fälle, daß nur wegen einzelner Posten einer gestellten Rechnung ein Rechtsstreit entsteht.

Bei Berathung des hannover'schen Entwurfs wurde bemerkt, daß Fälle, wo der Betrag der Forderung von einer gegenseitigen Berechnung abhänge, im Handelsverkehr häufig vorkommen, Jemand wisse oft, daß sein Gegner Gegenforderungen habe, kenne die Höhe derselben aber nicht und befinde sich auch nicht in der Lage, dieselbe zu berechnen.[6])

§ 89.

Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung geben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.

Die Motive bemerken hiezu: Eine mehr scheinbare Ausnahme von dem Prinzipe des § 87 bestimmt der § 89. Derselbe enthält einen allgemeinen Grundsatz und findet Anwendung auf diejenigen Rechtsstreitigkeiten, in denen der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hatte. Ein materieller Streit der Parteien und ein eigentliches Unterliegen

---

[6]) Prot. z. hann. E. S. 884—885.

des Beklagten findet hier nicht statt, wenn derselbe den eingeklagten dinglichen oder persönlichen Anspruch sofort anerkennt. Darüber, ob im einzelnen Falle der Beklagte durch sein Verhalten zur Klage Veranlassung gegeben hat oder nicht, ist vom Gerichte nach den betreffenden Behauptungen des Klägers in der Klagschrift, beziehentlich im Termin zur mündlichen Verhandlung, zu entscheiden.[1])

Der § bezieht sich nur auf den Kostenausspruch in Urtheilen nach kontradiktorischem Verfahren. Der Entwurf hatte den Beisatz: „oder wenn er, ohne auf den Rechtsstreit sich einzulassen, das Versäumungsurtheil gegen sich ergehen läßt". Dieser Zusatz wurde beseitigt, vorzüglich deshalb, weil man ihn dahin interpretiren könne, daß der Kläger in Kontumazialfällen stets in die Kosten zu verurtheilen sei, wenn er nicht darlege, daß der Beklagte zur Klage Veranlassung gegeben habe.[2])

Aus dem Umstande, daß der § ein kontradiktorisches Verfahren voraussetzt, folgt, daß ein Anerkenntniß in einem vorbereitenden Schriftsatze zur Anwendung desselben nicht genügt, wenn es nicht in der mündlichen Verhandlung wiederholt wird.

Der § bezieht sich weiter nur auf Urtheile, in denen der Beklagte zur eingeklagten Leistung verurtheilt werden muß.

„durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage". Der Beklagte giebt durch sein Verhalten keine Veranlassung zur Klage, wenn er von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch macht.[3]) Der Beklagte, der nur nach eingetretener Bedingung zu leisten hat, hat zur Klage keine Veranlassung gegeben, wenn die Bedingung nach Erhebung der Klage aber vor der Verhandlung eingetreten ist. Dagegen giebt Veranlassung zur Klage, wer nicht zahlt, weil er nicht zahlen kann und deshalb verklagt wird, ihm

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu 87.

[2]) Prot. z. J.-K. S. 33, 518, 519.

[3]) Die Motive weisen darauf hin, daß der § insbesondere für die in § 231 gestatteten Feststellungsklagen praktisch werden werde. Bes. Begr. d. E. zu § 87. Das wird aber nicht zutreffen, wenn man sich der Ansicht anschließt, daß die in § 231 bezeichneten Klagen wie jede andere Klage durch eine Rechtsverletzung bedingt sind. Vergl. Bemerk. zu § 231.

nützt das sofortige Anerkennen des Anspruchs nichts.[4]) Hat der Beklagte nur so viel bei der ersten Antwort auf die Klage anerkannt, als dem Kläger später wirklich zuerkannt wurde, kommt § 88 zur Anwendung.[5])

§ 90.

Die Partei, welche einen Termin oder eine Frist versäumt, oder die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung, die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung oder die Verlängerung einer Frist durch ihr Verschulden veranlaßt, hat die dadurch verursachten Kosten zu tragen.

In den Motiven wird bemerkt: Die §§ 90, 91, 92 Abs. 2 umfassen die Fälle der Kostenseparation, deren allgemeines Prinzip Württemberg Art. 142 zutreffend dahin bestimmt, daß auch die in der Hauptsache obsiegende Partei diejenigen Kosten tragen muß, welche durch ihre Versäumnisse oder durch zwecklose Handlungen oder durch Verzögerung der Sache ihrerseits ihr selbst oder dem Gegner erwachsen. In diesen Fällen und in § 89 hat die obsiegende Partei gegen das allgemeine Prinzip des § 87 nicht nur ihrerseits keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten, sondern auch die Pflicht zur Erstattung der Kosten des in der Hauptsache unterliegenden Gegners.

Der § 90 enthält eine zwingende Vorschrift. Diese Vorschrift ist gleich den §§ 251, 256 nothwendig als wirksames Mittel gegen die Verschleppung der Prozesse.[1])

---

[4]) Puchelt, C.P.O. S. 323 Nr. 3. Die mora des Beklagten wird in den meisten Fällen einen Grund zur Erhebung der Klage geben. Ob eine Interpellation nothwendig ist, ihn in mora zu versetzen, entscheidet das bürgerliche Recht.

[5]) Prot. z. nordd. E. S. 191, vorausgesetzt, daß der Beklagte Veranlassung zur Klage gab, also z. B. die Schuld außergerichtlich in Abrede stellte. Hat der Schuldner 300 Mark angeboten, der Gläubiger diese aber nicht angenommen, weil er 380 Mark verlangt und es werden ihm nur 300 zuerkannt, kommt § 89 mit § 87 zur Anwendung.

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 88, 89, 90 Abs. 2.

„einen Termin oder eine Frist versäumt". Blos die Thatsache des Versäumens genügt, die Worte „durch ihr Verschulden" beziehen sich nur auf die zweite Alternative des § und die Kosten der versäumten Frist hat selbst bei Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Kontumax zu tragen, per arg. aus § 216 Abs. 3.[2]) Vorausgesetzt wird aber, daß die Partei auch zum Erscheinen verpflichtet war und die Kosten des frustrirten Termins treffen die erschienene Partei, wenn die Gegenpartei nicht rechtzeitig geladen wurde.

„Vertagung eines Termins, Vertagung der Verhandlung, Termin zur Fortsetzung der Verhandlung". Die C.P.O. äußert sich nicht darüber, was unter Verlegung, Vertagung u. s. w. zu verstehen ist. Dagegen wurden bei Berathung des hannover'schen Entwurfs die Unterscheidungen der einzelnen technischen Ausdrücke hervorgehoben, ohne daß jedoch die Commission darauf einging, eine feste Terminologie rücksichtlich der erwähnten Begriffe einzuführen. Die Referenten hoben hervor, der Ausdruck „vertagt" sei im weiteren Sinne zu verstehen, so daß nicht blos der Fall der bereits begonnenen, sondern auch der Fall der noch nicht begonnenen mündlichen Verhandlung darunter falle, wogegen ein Abgeordneter bemerkte, es sei dreierlei zu unterscheiden, die Veränderung der Fixation der Tagfahrt, die Fortsetzung der Verhandlung und die eigentliche Vertagung, letztere trete dann ein, wenn nach erfolgtem Aufrufe eine Vertagung der Verhandlung auf eine entferntere Zeit verordnet werde, wobei, bei möglicher Weise anderer Zusammmensetzung des Gerichts, oder weil Einzelne sich des schon Vorgetragenen nicht mehr erinnerten, ganz von Neuem verhandelt werden müsse. Es wurde aber anerkannt, daß die Ausdrücke „Vertagung" und „Verlegung der Tagfahrt" dieselbe Bedeutung haben, nämlich die Anberaumung einer neuen Tagfahrt in der Art, daß die ganze Sache von Anfang an bei der späteren Verhandlung wiederholt werden müsse.[3]) Wenn

---

[2]) Vergl. auch § 309 und die Bemerkungen dazu.

[3]) Prot. z. hann. E. S. 124—126, 1725—1731, 5429, 5430.

nun § 90 unterscheidet, so kann unter Verlegung eines Termins nur die Anberaumung eines solchen vor jeder Verhandlung, unter Vertagung die Anberaumung eines neuen Termins nach erfolgtem Aufrufe in obigem Sinne, unter Fortsetzungstermin eine weitere alsbaldige Verhandlung vor denselben Richtern unter Aufrechthaltung der früheren Vorträge der Parteien verstanden werden.

Der norddeutsche Entwurf hat noch in § 153 Abs. 2 die Bestimmung getroffen, daß wenn keine der Parteien ein Verschulden trifft, die Kosten derjenigen Partei auferlegt werden können, welche die Verlegung ꝛc. beantragt hat. Die Aufnahme dieser Bestimmung ist in § 90 sicher absichtlich nicht erfolgt, weil er immer ein Verschulden auf der einen oder andern Seite voraussetzt.[4]) Eines Antrags des Gegners auf Ueberbürdung der Kosten auf den Kontumax bedarf es nicht. (§ 279 Absatz 2).

Der § läßt unentschieden, wann die gesonderte Kostentragung auszusprechen ist. Es liegt aber wohl in der Natur der Sache, daß das Gericht, bei welchem ein Termin versäumt, die Vertagung eines solchen beantragt wurde u. s. w. auch sofort zu entscheiden hat, da später ein möglicher Weise anders zusammengesetzter Senat nicht wohl ermessen kann, welche Partei die Schuld an der Vertagung trägt. Aus diesem Grunde wird man auch dem beauftragten und ersuchten Richter das Recht einräumen müssen, im Falle des § 90 sofort über den Kostenpunkt zu entscheiden (§ 316). Dafür spricht auch die Analogie des § 207.

§ 91.

Die Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels können der Partei auferlegt werden, welche dasselbe geltend gemacht hat, auch wenn sie in der Hauptsache obsiegt.

---

[4]) Bei Berathung des § 153 des norddeutschen Entwurfs blieb unentschieden, ob in dem Antrage auf Verlegung ein eigentliches Verschulden liege. Prot. z. norddd. E. S. 391.

Die Motive fahren anknüpfend an die Bemerkungen zu § 90 fort: Zum Theil auf gleichen Gründen beruht die nur fakultative Vorschrift des 91. Da die gerichtlichen Urtheile über die Ansprüche der Parteien und nicht über die Angriffs- und Vertheidigungsmittel entscheiden, da ferner die Parteien in der Wahl ihrer Rechtsverfolgung frei sein müssen und es nicht ohne Weiteres widerrechtlich ist, wenn erhebliche Klaggründe oder Einreden mit unerheblichen kumulirt werden, so ist der Satz unbedenklich, daß die Verwerfung einzelner Angriffs- und Vertheidigungsmittel[1]) einer Partei für sich allein die Ausscheidung der hiedurch veranlaßten Kosten zu Lasten der obsiegenden Partei noch nicht rechtfertigt. Die Entscheidung wird das Gericht vielmehr aus dem konkreten Falle entnehmen müssen.

Hieher kann der Streit über die Vorlage einer Urkunde gerechnet werden, von welcher die obsiegende Partei, welche die Vorlage beantragte, wissen mußte, daß sie ohne Einfluß auf den Rechtsstreit ist, die Vernehmung von Zeugen, deren Unwissenheit über die von ihnen zu bestätigenden Thatsachen der obsiegenden Partei bekannt sein mußte, das Vorschützen einer thatsächlich ganz unbegründeten Einrede, wodurch zwecklose Kosten entstanden sind u. dgl. Auch hier bedarf es eines Parteiantrags nicht.

§ 92.

Die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels fallen der Partei zur Last, welche dasselbe eingelegt hat.

Die Kosten der Berufungsinstanz können der obsiegenden Partei ganz oder theilweise auferlegt werden, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, welches sie nach freiem Ermessen des Gerichts in erster Instanz geltend zu machen im Stande war.

Die Kosten der Revisionsinstanz in Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstands ausschließlich zuständig sind, hat

---

[1]) Vergl. über „Angriffs- und Vertheidigungsmittel" die Bemerkungen zu § 137 unter den gleichen Worten.

auch im Falle des Obsiegens die Reichs- oder Staatskasse zu tragen, wenn der Werth des Streitgegenstandes die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt und der Vertreter des Reichs oder des Staates die Revision eingelegt hat.

Das erfolglos gebliebene Rechtsmittel wird sachgemäß gleich einer abgewiesenen Klage behandelt.

Hat dagegen ein eingelegtes Rechtsmittel Erfolg und wird in der Rechtsmittelinstanz die angegriffene Sachentscheidung abgeändert, so fällt damit auch die Kostenentscheidung des reformirten Urtheils. Die gesammten Kosten des Rechtsstreites in allen Instanzen stellen eine einheitliche Aufwendung dar, welche die Geltendmachung des erstrittenen Rechts erforderte und sind daher nach Maßgabe der in der Sache zuletzt ergehenden Entscheidung dem allgemeinen Prinzipe des § 87 gemäß dem Unterliegenden aufzuerlegen. Diese Konsequenz spricht die Civilprozeßordnung nicht gleich dem preuß. Entw. § 1342 und Württemberg Art. 139 ausdrücklich aus. Dieselbe ergiebt sich als beabsichtigte Folgerung von selbst aus dem an die Spitze des Titels gestellten allgemeinen Grundsatze.[1])

„Rechtsmittels". Der Einspruch fällt nicht unter § 92. Für diesen sind bezüglich der Kosten in § 309 besondere Bestimmungen getroffen.

„ganz oder theilweise auferlegt werden". Wird in Folge des eingelegten Rechtsmittels, ohne daß ein neues thatsächliches Vorbringen erfolgte, nur eine theilweise Aenderung des erstinstanziellen Urtheils erzielt, so tritt § 88 in Anwendung. Das gilt für alle Rechtsmittel der Civilprozeßordnung, es sind keine abweichenden Vorschriften für die höheren Rechtsmittel gegeben worden.[2])

„wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt." Von dem Prinzipe, daß die unterliegende Partei die Kosten des mit Erfolg eingelegten Rechtsmittels zu tragen habe, tritt in

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 90 Abs. 1.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu § 90 Abs. 1. Prot. z. nordd. E. S. 195.

Absatz 2 des § 92 eine Ausnahme für den Fall ein, daß der Sieg in Folge eines Vorbringens erfolgte, das der Siegende schon im ersten Rechtszuge hätte geltend machen können,[3]) wodurch die Einlegung der Berufung also vermieden worden wäre. Hier können, aber müssen nicht die Kosten ganz oder zum Theil der obsiegenden Partei überbürdet werden.

„nach freiem Ermessen des Gerichts“. Ein Beweisverfahren oder ein Glaubhaftmachen über die etwa behauptete Unmöglichkeit des Vorbringens in erster Instanz ist ausgeschlossen.

„Die Kosten der Revisionsinstanz“. Für welche Ansprüche ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes die Landgerichte ausschließlich zuständig sind, siehe Seite 36—38.[4]) Bei solchen Rechtsstreitigkeiten ist immer die Revision zulässig (§ 509 Nr. 2); ist aber der Streitgegenstand nicht über 300 ℳ. werth und obsiegt der Reichs- oder Staatsfiskus in der Revisionsinstanz, so hat trotzdem der Reichs- oder Staatsfiskus die Kosten zu tragen, wenn sein Vertreter von dem Rechtsmittel der Revision Gebrauch machte, nicht aber, wenn in diesem Falle der Gegner des Fiskus das Rechtsmittel eingelegt hat. Der in Folge eines Rechtsmittels des Fiskus unterliegenden Partei sollen die Kosten für dieses Rechtsmittel, das nur im Interesse des Reichs und des Staates, um prinzipielle Fragen zur endgiltigen Entscheidung zu bringen und eine einheitliche Rechtssprechung zu erzielen, gegen die Regel zugelassen wurde, daß die Landgerichte nur bei Streitigkeiten über Gegenstände im Werthe von über 300 ℳ. zuständig sind, erspart werden.[5])

§ 93.

Die Kosten eines abgeschlossenen Vergleichs sind als gegen einander aufgehoben anzusehen, wenn nicht die Parteien ein An-

---

[3]) Hierunter fällt auch die zu spät geltendgemachte und deßhalb zurückgewiesene (§ 252) nun aber in der höheren Instanz geltend gemachte Einrede. Allgem. Begr. d. E. § 6, I.

[4]) Für bestimmte andere Ansprüche können die Landgerichte durch Landesgesetz ausschließlich zuständig erklärt werden. Siehe G.V.G. § 70 Abs. 3 S. 38.

[5]) Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 360—361, 618. Prot. d. J.K. S. 600.

deres vereinbart haben. Dasselbe gilt von den Kosten des durch Vergleich erledigten Rechtsstreits, soweit nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist.

Der § umfaßt die Vergleiche, die zur Abschneidung eines Rechtsstreits abgeschlossen werden und diejenigen, welche im Laufe eines Rechtsstreites abgeschlossen werden. Zu der ersten Kategorie gehören die in den Fällen der §§ 268 Abs. 2 und 471 Abs. 1 u. 2.

„sind als gegen einander aufgehoben anzusehen". Es ist zu bemerken, daß hier nicht die Fassung des § 88 „sind gegen einander aufzuheben" gewählt ist. Der § spricht eine gesetzliche Folge aus, nicht aber eine Rechtsvermuthung. Die Folgerung kann nur dadurch beseitigt werden, daß etwas Anderes verabredet worden ist, aber nicht durch die Einrede, daß überhaupt keine Bestimmung über die Kosten getroffen wurde.

„dasselbe gilt". Wird ein Rechtsstreit durch Vergleich beendigt, so gelten nicht nur die Kosten des Vergleichs kompensirt, sondern auch die Kosten des Rechtsstreits, insoweit nicht rechtskräftig hierüber erkannt ist,[1]) d. h. jede Partei trägt ihre Kosten, gerichtliche wie außergerichtliche und die Hälfte der Vergleichskosten. Daß auch über die rechtskräftig zuerkannten Kosten ein Anderes im Vergleichswege vereinbart werden kann, bedarf keiner Erörterung.

§ 94.

Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird.

„die Anfechtung — ist unzulässig". Konform dem Entwurf der preuß. P.O. § 617 Absatz 4 und dem nordd. Entwurf § 156 schließt § 94 die Anfechtung der Entscheidung über den Kosten-

---

[1]) Als rechtskräftig zuerkannt erscheinen bei dem Vergleiche aber alle anerkannten Kosten über Zwischenbescheide u. drgl. die nicht an und für sich appelabel sind, da ein Endurtheil, gegen welches Berufung und hier auch wegen der Kosten des Zwischenverfahrens ergriffen werden könnte, wegfällt (§ 94).

punkt aus, wenn nicht in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt ist. Also der obsiegende Theil kann die Berufung nicht ergreifen, wenn ihm im Falle des § 89 die Kosten überbürdet werden oder von der Revision Gebrauch machen, wenn die Kosten ihm nach § 92 Absatz 2 ganz auferlegt wurden, auch wenn sie den Betrag von 1500 ℳ. übersteigen. Auch die Anfechtung der Entscheidung im Kostenpunkte mittelst der Beschwerde durch die Partei, der die Kosten überbürdet sind, ist unzulässig.[1])

„Der Entscheidung über den Kostenpunkt" d. h. des Ausspruches, wer schuldig ist, die Kosten ganz oder theilweise zu tragen, nicht aber des Ausspruches über die Größe der liquidirten Kosten nach § 99.[2])

„in der Hauptsache". Daß bei Einlegung eines Rechtsmittels in der Hauptsache mit dieser auch die Kostenentscheidung der Nachprüfung des höheren Gerichts anheimfällt, ist selbstverständlich und schon zu § 92 erwähnt. Unzweifelhaft folgt aus der allgemeinen Fassung des § 94, daß, sobald von einer Partei in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt ist, es der andern Partei freisteht, sich jenem Rechtsmittel nach Maßgabe der §§ 482, 518 lediglich wegen des Kostenpunktes anzuschließen, ohne daß es ihrerseits einer Anschließung in der Hauptsache bedarf.[3]) Es lassen sich aber vielfach Fälle denken, in welchen ein Ausspruch nur über die Kosten erfolgen kann, z. B. wenn der Beklagte nach Zustellung der Klage, aber vor der mündlichen Verhandlung erfüllt hat. Ein solcher Ausspruch hat die Natur eines Urtheils und ist trotz der Bestimmung des § 94 nach allgemeinen Grundsätzen anfechtbar.[4]) Anders verhält es sich, wenn

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 92 wird erwähnt: Es erscheint aus allgemeinen Gründen mißlich, Rechtsmittel (auch wenn in Form der Beschwerde) wegen unrichtiger Entscheidung des Kostenpunktes allein zuzulassen. Die Beschwerde des § 99 Abs. 3 ist nur gegen den Festsetzungsbeschluß, nicht aber gegen das Urtheil des § 94 selbst statthaft.

[2]) Hiegegen findet sofortige Beschwerde statt, § 99 Abs. 3.

[3]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[4]) Prot. z. nordd. E. S. 1484–1485 S. 1547. Unsre § 94 und § 156 des nordd. Entw. stimmen wörtlich überein. Wenn in dem angeführten

nachträglich nur über den Kostenpunkt entschieden wird (§ 292). Hier ist die Entscheidung nur eine Ergänzung des früheren Urtheils und § 94 findet Anwendung.

§ 95.

Besteht der unterliegende Theil aus mehreren Personen, so haften dieselben für die Kostenerstattung nach Kopftheilen.

Bei einer erheblichen Verschiedenheit der Betheiligung am Rechtsstreite kann nach dem Ermessen des Gerichts die Betheiligung zum Maßstabe genommen werden.

Hat ein Streitgenosse ein besonderes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend gemacht, so sind die übrigen Streitgenossen für die durch dasselbe veranlaßten Kosten nicht verhaftet.

Durch die Bestimmungen dieses Paragraphen wird eine nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts begründete Verpflichtung, wegen der Kosten solidarisch zu haften, nicht berührt.

Der § entstand bei Berathung des hannover'schen Entwurfs [1]) mit dessen § 68 er, Abs. 3 und einige unerhebliche Redaktionsänderungen abgerechnet, vollkommen übereinstimmt. Man stellte schon dort den Grundsatz auf, daß, wenn der unterliegende Theil aus Streitgenossen bestehe, [2]) es die Regel bilde, daß diese dem Gegner die Prozeßkosten nach Kopftheilen zu erstatten hätten.

„Der unterliegende Theil", ohne Rücksicht darauf, ob derselbe Kläger oder Beklagter ist. Selbstverständlich wird durch § 95 an den Bestimmungen der §§ 87 ff. nichts geändert.

„aus mehreren Personen." Schon aus dem Bemerkten ergibt sich, daß hierunter nur Streitgenossen zu verstehen sind. In den Motiven ist zudem bemerkt: Der § 95 gilt nur für die Fälle der Streitgenossenschaft (§ 56) und kommt auch hier nicht

---

Beispiele der Beklagte in der mündlichen Verhandlung nicht erscheint, so kann der Kläger auch lediglich wegen der Kosten ein Versäumungsurtheil beantragen. In dem Antrag liegt keine Klagänderung.

[1]) Prot. z. hann. E. S. 866 ff.

[2]) Prot. z. hann. E. S. 1315.

zur Anwendung bei den nur von einem Streitgenossen veranlaßten Kosten im Zwangsverfahren.[3])

„Bei einer erheblichen Verschiedenheit". Als Beispiel wurde angegeben: Wenn A. und B. Schuldner je zur Hälfte seien, B. mit Hinterlassung von 5 Erben versterbe und nun die Beklagten im Prozesse unterliegen, so würde es nicht gerechtfertigt sein, eine Theilung der Kosten nach Kopftheilen eintreten zu lassen, sondern nach Erbtheilen.[4])

Die Motive führen als Beispiel einer auf ungleichartigen Rechten beruhenden verschiedenen Betheiligung die gegen den Eigenthümer und Nutznießer gemeinsam angestellte dingliche Klage an. Hier ist die verschiedene Betheiligung keine aliquote.[5]) In allen Fällen der erheblichen Verschiedenheit entscheidet lediglich das richterliche Ermessen über die Theilung der Prozeßkosten.

„besonderes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend gemacht." Der Absatz 3 wurde aus § 1350 des preußischen Entwurfs bei Berathung des norddeutschen Entwurfs dem § 68 des hannover'schen Entwurfs ohne Debatte eingefügt,[6]) während man bei Berathung des hannover'schen Entwurfs eine ähnliche Bestimmung nicht aufnahm, weil der § nur die Frage regle, auf welche Weise die der Gegenpartei zu ersetzenden Kosten unter den mehreren zu deren Zahlung Verpflichteten zu vertheilen seien, auf die auf Seiten der Partei entstandenen Kosten sich aber nicht beziehe.[7]) Gleichwohl ist die Bestimmung des Absatz 3 nicht eine Entscheidung über eine interne Frage der Streitgenossen unter sich; es soll damit ausgesprochen werden, daß der unterlegene Streitgenosse, der allein ein besonderes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend gemacht hat, auch für die dem Gegner

---

[3]) Bes. Begr. d. E. zu § 93.

[4]) Prot. z. hann. E. S. 867. Wenn hier nicht nach Abs. 1 des § nach Kopftheilen eine Kostenausscheidung stattfindet, ist eine andere als nach dem Maßstabe die Betheiligung nicht zulässig. Es kann also nicht dem A. ein Drittel und jedem der fünf Erben ein Zweifünfzehntel überbürdet werden.

[5]) Bes. Begr. d. E. zu § 90.

[6]) Prot. z. nordd. E. S. 188.

[7]) Prot. z. hann. E. S. 870—871.

hiedurch verursachten Kosten allein haftet, und dies ist selbst dann der Fall, wenn nach § 59 durch eine solche Prozeßhandlung die säumigen Streitgenossen mit vertreten erscheinen.[8]) Der Absatz 3 spricht allgemein und die säumigen Streitgenossen trifft eine solche Prozeßhandlung auch ohne ihren Willen.

„Durch die Bestimmung dieses Paragraphen". Bei Berathung des hannover'schen Entwurfs wurde für diesen Absatz des § geltend gemacht, daß sich Fälle denken lassen, in welchen das Civilrecht oder auch ein ausdrücklicher Vertrag der Parteien eine solidarische Haftpflicht der Streitgenossen nicht allein für die Hauptsache, sondern auch für die aus der Einklagung derselben entstehenden Prozeßkosten feststelle, und in diesen Fällen die Regel des Absatz 1 offenbar keine Anwendung finden dürfe.[9]) Damit stimmen die Motive zu § 95 überein, indem sie bemerken: Ausnahmsweise wird bestimmt, daß

3) die Streitgenossen für die Kosten solidarisch haften, insoweit eine Verpflichtung hiezu nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (z. B. im Falle des preuß. L.R. I, 5, § 424 — nicht 426) besteht.[10])

Abs. 1 des § scheidet demnach immer aus, wenn civilrechtlich Streitgenossen für die Kosten des Prozesses solidarisch zu haften haben.[11])

---

[8]) A. M. Puchelt, C.P.O. zu § 95 Nr. 5, weil hier das Angriffs- oder Vertheidigunsmittel als allgemeines erscheine. Aber darauf kommt es nicht an, entscheidend ist nur, ob es von einem Streitgenossen „besonders" oder „mit den andern" geltend gemacht wurde.

[9]) Prot. z. hann. E. S. 4918. Ein Antrag, daß die auf Grund einer Sammtverbindlichkeit unterlegenen Streitgenossen solidarisch zum Kostenersatze zu verurtheilen seien, war abgelehnt worden, weil die Prozeßkosten nicht als Accessorium der Solidarverbindlichkeit zu betrachten seien. Prot. z. hann. E. S. 868.

[10]) Bes. Begr. d. E. zu § 93 Abs. 1. Das Citat aus dem preuß. L.R. paßt aber nicht, denn es spricht nur von der solidarischen Zahlung bezüglich der Hauptsache, nicht aber der Kosten.

[11]) Dahin wird auch der Fall zu rechnen sein, daß auf einem im Miteigenthum Mehrerer stehenden Immobile nicht nur für Sicherheit einer Forderung sondern auch zur Sicherheit für etwaige Prozeßkosten ein hypothekarischer

Für die nach § 137 verbundenen Rechtsstreitigkeiten ist § 95 nicht anwendbar, wie er umgekehrt in Wirksamkeit bleibt, wenn eine Trennung verschiedener Klagen, bei deren einer auf der einen oder anderen Seite Streitgenossen vorhanden sind, stattfindet.

§ 96.

Die Bestimmungen der §§ 87—93 finden auch auf die durch eine Nebenintervention verursachten Kosten Anwendung.

Gilt der Nebenintervenient als Streitgenosse der Hauptpartei (§ 66), so sind die Vorschriften des § 95 maßgebend.

„Die Bestimmungen der §§ 87—93 finden — Anwendung". Damit soll offenbar nicht gesagt werden, daß die Hauptparteien einander gegenüber auch für die Kosten haftbar sind, die durch die Intervention entstanden sind.[1]) Wird der Eintritt des Intervenienten in den Rechtsstreit mit Erfolg bekämpft, so treffen den Intervenienten alle auf das Verfahren (§ 68 Abs. 2) erwachsenen Kosten, also der Ersatz der Kosten der assistirten Partei und deren Gegenpartei. Wird die Intervention trotz Widerspruchs der einen oder andern oder beider Parteien zugelassen, so treffen die widersprechenden Parteien die Kosten des Zwischenverfahrens. Tritt aber der Nebenintervenient in den Streit ein, so ist bei dem Siege der von ihm unterstützten Partei die Bejahung der Frage, ob die Intervention zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsentscheidung nothwendig war, für den Ersatz seiner Kosten durch den Gegner entscheidend; unterliegt dagegen die assistirte Partei, so hat der Nebenintervenient nicht nur keinen Anspruch auf Ersatz seiner Kosten, sondern muß auch den beiden Parteien die durch die Nebenintervention erwachsenen Kosten ersetzen.

Der Nebenintervenient kann also, wie bemerkt, von dem unterliegenden Gegner Kostenersatz verlangen und muß seinerseits

---

Eintrag besteht. Allerdings haftet hier nur das Immobile und die Streitgenossen nicht über den Werth dieses hinaus mit ihrem eigenen Vermögen.

[1]) Wie dies in § 158 des nordd. Entw. bestimmt ist.

dem obsiegenden Gegner die Kosten erstatten. Um in dieser Beziehung dem Gegner einen Titel zur Zwangsvollstreckung zu geben, muß sich das Endurtheil über den Kostenpunkt der Nebeninterveniententen auslassen.

„Gilt der Nebenintervenient“. Da in den Fällen des § 66 der Nebenintervenient wirklicher Streitgenosse der Hauptpartei ist, so gelangt insoweit der § 95 zur Anwendung.

In Betreff der Kosten der gerichtlichen Streitverkündung erschienen besondere Bestimmungen nicht erforderlich. Der verurtheilte Gegner muß dieselben ersetzen, soweit nach dem allgemeinen Grundsatze des § 87 die Streitverkündung zur zweckentsprechenden Rechtsvertheidigung oder Rechtsverfolgung nothwendig war. Außerdem charakterisirt der § 71 den beitretenden Litisdenunciaten als Nebeninterventienten und folgt hieraus die Anwendbarkeit des § 96. Besonderer kostenrechtlicher Bestimmungen bedurfte es ebenso wenig für die Nomination, weil der § 73 dieselbe als Art der Streitverkündung behandelt.[2]) Von dem Momente des Eintritts ist der Benannte Partei und richtet sich hiernach der Kostenpunkt.[3])

§ 97.

Gerichtsschreiber, gesetzliche Vertreter, Rechtsanwälte und andere Bevollmächtigte sowie Gerichtsvollzieher können durch das Prozeßgericht auch von Amtswegen zur Tragung derjenigen Kosten verurtheilt werden, welches sie durch grobes Verschulden veranlaßt haben.

Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Vor der Entscheidung ist der Betheiligte zu hören.

Gegen die Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt.

---

[2]) Bes. Begr. d. E. zu § 94.

[3]) Wenn der Litisdenunciat eine Erklärung abgiebt, daß er in den Streit nicht eintrete, so treffen ihn die deßfallsigen Kosten. Diese Erklärung ist eine überflüssige und können deren Kosten keiner der streitenden Theile überbürdet werden. E. d. O.G.H. Bd. V. S. 271.

Der § 97, welcher dem § 71 des hannover'schen Entwurfs und § 160 des norddeutschen Entwurfs entspricht mit dem Unterschiede, daß der hannover'sche Entwurf von pflichtwidrigem Verhalten oder grobem Verschulden, der norddeutsche Entwurf von durch Pflichtverletzung entstandenen Kosten spricht, war im Entwurfe absichtlich nicht aufgenommen worden;[1] auch in erster Lesung der Justizkommission wurde ein Antrag auf Aufnahme des § in sogar noch weiterer Ausdehnung, indem auch die „Richter" den im § genannten Personen beigefügt werden sollten, abgelehnt, aber in zweiter Lesung nach seiner nunmehrigen Fassung angenommen.[2])

„auch von Amtswegen". Diese Ausdrucksweise setzt überall als selbstverständlich voraus, daß sie gleichbedeutend ist mit „auf Antrag oder von Amtswegen".[3]) Das Gericht ist also nicht an einen Antrag der Parteien gebunden; das Recht der Einschreitung bezüglich des Kostenpunkts zu Gunsten einer Partei, sei es die von dem Betheiligten vertretene oder die Gegenpartei, steht ihm zu, sobald es ein grobes Verschulden wahrnimmt, auch schon im Laufe des Prozesses vor Erlassung des Endurtheils. Der Zweck des § ist ein abgekürztes Verfahren über die Entscheidung der Haftpflicht, wobei das Gericht, welches in der Hauptsache zu entscheiden hat, am besten beurtheilen kann, ob sich die benannten Personen einer Nachlässigkeit schuldig gemacht haben.[4])

„durch grobes Verschulden". Die norddeutsche Commission war, obgleich bei der Redaktion die angeführten Worte in den § nicht aufgenommen wurden, im Allgemeinen einig, daß keine Untersuchungen der Verschuldung zu vermeiden seien und eine gewisse Evidenz der letzteren vorausgesetzt werde.[5])

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 95—97 Abs. 9.

[2]) Prot. d. J.K. S. 34, 35, 520, 661 ff.

[3]) Prot. z. hann. E. S. 6642.

[4]) Prot. z. hann. E. S. 4920. Reichensperger äußerte sich ähnlich bei der Berathung des §. Prot. d. J.K. S. 662.

[5]) Prot. z. nordd. E. S. 196.

Bei Berathung des hannover'schen Entwurfs wurde beantragt, das Wort „grobes" zu streichen, um die Frage, für welches Verschulden der Betreffende hafte, offen zu lassen, hierauf aber entgegnet, der § enthalte keineswegs eine Abänderung des Civilrechts, wornach bei dem hier in Frage kommenden Mandatsverhältnisse die gedachten Personen auch für leichtes Verschulden haften, sondern beschränke nur das in demselben abgekürzte Verfahren auf die Fälle des groben Verschuldens, ohne die civilrechtlichen Folgen des leichten auszuschließen.[6]) Es handelt sich übrigens nicht um Fälle, daß der Anwalt eine falsche Rechtsansicht vertritt, aber um Versäumungen u. dgl.

„ist der Betheiligte zu hören". Der Betheiligte kann seine Erklärung schriftlich abgeben[7]) und dann folgt der Beschluß über Erstattung der Kosten in geheimer Sitzung; außerdem nach Ladung des Betheiligten zur mündlichen Verhandlung ohne Zuziehung der Parteien.[8]) Das Gericht hat sich aber immer darüber schlüssig zu machen, ob ein grobes Verschulden, sei es in Bezug auf Berufspflichten, oder in anderer Beziehung, vorliegt, denn nur in jenem Falle kann § 97 Anwendung finden.

§ 98.

Der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten kann nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden.

Das Gesuch um Festsetzung des zu erstattenden Betrags ist bei dem Gerichte erster Instanz anzubringen; es kann von dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden. Die Kostenberechnung, die zur Mittheilung an den Gegner bestimmte Abschrift

---

[6]) Prot. z. hann. E. S. 4920—4921, 5106. Auch Struckmann trat bei Berathung des Entwurfs dieser Ansicht bei. Prot. d. J.K. S. 661—662. Vergl. auch Prot. d. J.K. S. 520.

[7]) Wozu ihm natürlich eine Frist gegeben werden muß.

[8]) Prot. z. nordd. E. S. 1547—1548, 1676 und 1678, 1977. Der Beschluß bildet für die Partei, welche die Kosten getragen hat, einen Titel zur Zwangsvollstreckung, § 702 Nr. 3.

derselben und die zur Rechtfertigung der einzelnen Ansätze dienenden Belege sind beizufügen.

Die §§ 98—100 regeln das Verfahren behufs gerichtlicher Festsetzung der dem Gegner — also nicht den von der Partei ihrem eigenen Prozeßbevollmächtigten, Vertreter u. dgl. — zu erstattenden Kosten.[1]) Die gerichtliche Festsetzung des zu erstattenden Quantums ist erforderlich, da das Endurtheil nur über die Verpflichtung zum Kostenersatze Bestimmung trifft.

„Der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten". Die Kosten selbst werden erst nach Erlassung des Urtheils liquidirt und festgestellt.[2])

„zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels". Als sichere Grundlage für das Festsetzungsverfahren bestimmt § 98 Abs. 1 das Nähere. Für die Regel ist diese Vorschrift um so weniger bedenklich, als betreffend die Kosten der Zwangsvollstreckung (§ 697) und der im Mahnverfahren erhobenen Ansprüche (§ 632) anderweite Vorschriften ertheilt sind.

Der Ersatz der Kosten hängt davon ab, daß hierüber in einem rechtskräftigen oder vorläufig für vollstreckbar erklärten Endurtheile, Vollstreckungsurtheile, Vergleiche oder vollstreckbaren Urkunde ein Ausspruch erlassen ist (§§ 702 Nr. 1, 2, 5).[3])

„Bei dem Gerichte erster Instanz". Dieses hat die Kosten aller Instanzen festzusetzen. Das Festsetzungsverfahren gehört aus Gründen der Zweckmäßigkeit zur Zuständigkeit des Prozeß-

---

[1]) Vergleiche die Bemerkungen zu § 34 S. 222. Bei Berathung des hann. Entwurfs war man der Ansicht, daß es dem Anwalt u. s. w. gestattet sein müsse, seine Gebühren und Auslagen gegen die eigene Partei feststellen zu lassen, auch ohne daß diese zur Tragung dieser Kosten verurtheilt wurde, ebenso müsse bei Vergleichen, wenn die Parteien die Kosten wissen wollten und in dgl. Fällen eine Festsetzung der Kosten statt finden können. Prot. z. hann. E. S. 4922.

[2]) Bes. Begr. des E. zu §§ 95—97. Siehe jedoch § 87 a. E.

[3]) Prot. z. hann. E. S. 4921. Ueber den Titel zur Zwangsvollstreckung sind die §§ 644, 702, 706 zu vergleichen. Es wird nicht unterschieden, ob sich die vorläufige Vollstreckung auf den Gegenstand des Rechtsstreits oder auch auf die Kosten beziehen soll.

gerichts erster Instanz. Es soll in jedem Prozesse nur einmal erfolgen und durch die erste Instanz auch dann, im Falle die Kosten mehrerer Instanzen getheilt sind.[4])

„es kann — zu Protokoll erklärt werden". Das Gesuch unterliegt daher nicht dem Anwaltszwange.

„Abschrift derselben". Die Abschrift der Kostenrechnung ist dem Gegner zur Ausübung des Beschwerderechts und da unter Umständen der Festsetzungsbeschluß erst nach mündlicher Verhandlung ergeht, zur Vorbereitung nothwendig (§ 99).[5]) Die Belege werden der Gegenpartei nicht mitgetheilt, dagegen muß ihr unbenommen bleiben, dieselben bei Gericht einzusehen.

§ 99.

Die Entscheidung über das Festsetzungsgesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Zur Berücksichtigung eines Ansatzes genügt, daß derselbe glaubhaft gemacht ist.

Gegen den Festsetzungsbeschluß findet sofortige Beschwerde statt.

„Ohne vorgängige mündliche Verhandlung". Hier findet sich nicht wie in § 97 der Beisatz „vor der Entscheidung ist der Betheiligte[1]) zu hören." Aber er kann mit einer schriftlichen Erklärung, natürlich, wenn er hiezu aufgefordert wurde, gehört werden.[2])

Die Motive bemerken hiezu: Die Zulässigkeit schriftlicher Verhandlung im Festsetzungsverfahren rechtfertigt sich aus der Nothwendigkeit, den auf die Hauptentscheidung nicht mehr ein=

---

[4]) Vergl. übrigens die Bem. zu § 87.

[5]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 95—97.

[1]) d. h. der Gegner, der die Prozeßkosten zahlen soll.

[2]) Prot. z. nordd. E. S. 2188. Das Gericht wird aber mit einer Aufforderung zu einer schriftlichen Erklärung vorsichtig sein müssen. Es könnte leicht eine wiederholte Erklärung nothwendig werden, was das Anwachsen von Akten zur Folge haben würde. Selbstverständlich muß der Aufforderung zur Erklärung eine Abschrift des Feststellungsgesuchs beigegeben werden.

wirkenden Gegenstand einfach, rasch und wohlfeil zu erledigen. Stellen sich im einzelnen Falle Schwierigkeiten heraus, so kann das Gericht mündliche Verhandlung anordnen.[3]) Sind keine Schwierigkeiten vorhanden, oder solche durch die schriftliche Erklärung des Gegners, die zum Protokolle des Gerichtsschreibers abgegeben werden kann, gelöst, so kann das Gericht ohne Weiteres durch Beschluß in geheimer Sitzung, der den Parteien nach § 294 zu eröffnen ist, den Kostenbetrag festsetzen. Die Entscheidung über das Festsetzungsgesuch hat sich aber nicht mit der Frage zu befassen, welche Kosten nothwendig waren und sich deshalb zum Ersatze eignen, sondern kann sich nur über die Richtigkeit derselben und ihrer Uebereinstimmung mit der Gebührenordnung aussprechen. Hat nun eine mündliche Verhandlung stattgefunden, zu welcher die Parteien von Amtswegen zu laden sind, so wird entweder der Beschluß sofort verkündet, oder es kann Termin hiezu anberaumt werden (§ 294 Abs. 1).[4])

„glaubhaft gemacht ist". Hierüber ist § 266 zu vergleichen.

„findet sofortige Beschwerde statt". Gegen den Festsetzungsbeschluß steht den beiden Parteien sofortige Beschwerde zu.[5]) Aus dem Festsetzungsbeschlusse kann nach § 702 Nr. 3 die Zwangsvollstreckung nachgesucht werden, jedoch bedarf der Festsetzungsbeschluß nach § 703 vorab der Ertheilung der Vollstreckungsklausel (§ 662).[6]) Diese kann aber immer ertheilt werden, da die sofortige Beschwerde hier keine aufschiebende Wirkung hat (§ 534).

Die Kosten des Kostenfestsetzungsverfahrens hat derjenige zu tragen, der den Festsetzungsbeschluß veranlaßt hat, also nicht der

---

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 95—97.

[4]) Bei Verkündung des Festsetzungsbeschlusses nach mündlicher Verhandlung hat die betreibende Partei derselben zustellen zu lassen.

[5]) Puchelt, C.P.O. S. 341 wird bemerkt „indessen kann das Amtsgericht zu Folge § 534 nach Einlegung der Beschwerde seinen Festsetzungsbeschluß selbst ändern." Das könnte auch das Landgericht, wenn es erste Instanz war und die Kosten festzusetzen hat. Die Ansicht Puchelt's ist aber nach § 540 Abs. 3 unrichtig; Beschwerde nach § 530 findet nicht statt.

[6]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 95—97.

Prozeßgegner, welcher eine Zahlung leisten wollte, die der Implorant als nicht genügend zurückgewiesen hat, wenn die angebotene Summe dem festgesetzten Betrag gleichkommt oder ihn noch übersteigt. Giebt es keine Beanstandungen, so sind die Kosten des Gesuchs des § 98 Abs. 2 und des Beschlusses hierauf vom zahlungspflichtigen Gegner zu tragen, weil ohne sie der obsiegende Gegner gar nicht zum Ziel gelangen könnte. Bei vorgängiger Verhandlung sind die allgemeinen Prinzipien über Kostentragung maßgebend.

§ 100.

Sind die Prozeßkosten ganz oder theilweise nach Quoten vertheilt, so hat die Partei den Gegner vor Anbringung des Festsetzungsgesuchs aufzufordern, die Berechnung seiner Kosten binnen einer einwöchigen Frist bei dem Gerichte einzureichen. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist erfolgt die Entscheidung ohne Rücksicht auf die Kosten des Gegners, unbeschadet des Rechts des letzteren, den Anspruch auf Erstattung nachträglich geltend zu machen. Der Gegner haftet für die Mehrkosten, welche durch das nachträgliche Verfahren entstehen.

Der § bezieht sich lediglich auf die Fälle, in denen die beiden Theilen erwachsenen Kosten nach Quoten vertheilt sind, also wenn z. B. die eine Partei verurtheilt ist $^2/_5$, die andere $^3/_5$ der Streitkosten zu tragen.

„aufzufordern“. Die Aufforderung erfolgt mittels Schriftsatzes, der nach §§ 152 ff. zuzustellen ist.

„einer einwöchigen Frist“. Auch der norddeutsche Entwurf hat im gleichen § 164 diese Fristbestimmung. Dieselbe ist nicht gleich einer Frist von 8 Tagen.[1])

„Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist.“ Diese Frist ist eine gesetzliche deren Beginn mit der Zustellung der Aufforderung anfängt (§ 198) und auf welche die Bestimmungen der §§ 201, 202 Anwendung finden.

---

[1]) Vergl. § 200 und die Bemerk. dazu.

Wenn die klagende Partei zu $^2/_5$ der Kosten verurtheilt ist und ihre Kosten liquidirt, kann sie nach Ablauf der einwöchigen Frist verlangen, daß ihre Kosten festgesetzt werden und von diesen $^3/_5$ gegen den Beklagten beitreiben, wogegen es dem Prozeßgegner überlassen bleibt, nach § 98, 99 dann seine Kosten festsetzen zu lassen, was jedoch die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung nicht hindert, wenngleich der Prozeßgegner auf Grund der Festsetzung seiner Kosten zu einer Rückforderung bezw. Ausgleichung berechtigt ist.

„für die Mehrkosten". Das sind diejenigen, die durch doppelte Festsetzung, doppelten Beschluß, doppelte Zustellung und dergleichen erwachsen sind.

Sechster Titel.

Sicherheitsleistung.

§ 101.

Die Bestellung einer prozessualischen Sicherheit ist, sofern nicht die Parteien ein Anderes vereinbart haben oder dieses Gesetz eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zuläßt, durch Hinterlegung in baarem Gelde oder in solchen Werthpapieren zu bewirken, welche nach richterlichem Ermessen eine genügende Deckung gewähren.

„prozessualische Sicherheit". Prozessuale Kautionen kennt die Civilprozeßordnung außer den in den §§ 102—105 behandelten Kautionen für die Prozeßkosten in den Fällen des § 85, bei der Zwangsvollstreckung §§ 647, 650, 652, 657, 688, 690, bei dem Arrest und den einstweiligen Verfügungen §§ 803, 818. Die durch das Civilrecht vorgeschriebenen Kautionen werden durch den § nicht berührt, ebenso wenig aber auch Kautionen, die bei Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit geboten sind.

Die durch den Konkursverwalter zu errichtende Kaution richtet sich nach den Bestimmungen des § 101.[1])

---

[1]) Konkursordnung § 70 Abs. 2 vergl. mit § 65.

„soferne nicht die Parteien ein Anderes vereinbart haben" d. h. die Parteien können sich vertragsmäßig Bestellung von Prozeßkostenkautionen erlassen, sie können aber vertragsmäßig ebenso gut andere Sicherheit verlangen und leisten, als die im § aufgeführte, wie persönliche Bürgschaften, Deponirung von Werthgegenständen aller Art, hypothekarische Kaution, Bürgschaft des Anwalts.[2])

„eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit" ist zulässig nach den §§ 101, 801, 807.

„durch Hinterlegung". Ueber die Art der Hinterlegung hat wie an andern Orten auch hier die Civilprozeßordnung keine Bestimmung getroffen, ja nicht einmal bemerkt, wo die Hinterlegung stattzufinden hat, bei dem Prozeßgerichte oder einem andern Gerichte oder Behörde[3]). Es entscheiden die Bestimmungen der Landesgesetzgebung und deren Depositalordnungen. § 14 des Einführungsgesetzes zur C.P.O. steht dem nicht entgegen.[4])

„oder in solchen Werthpapieren". Für die Kautionsfähigkeit der Werthpapiere ist es nicht entscheidend, ob dieselben im Sinne der Art. 376, 357 des A.D.H.G. einen Markt- oder Börsenpreis haben. Die Civilprozeßordnung beseitigt diese und andere Beschränkungen der Partikulargesetzgebungen, weil es im Interesse des Kaventen erforderlich ist, die Mittel der Sicherheit nur so weit zu beschränken, als es die nothwendige Rücksicht auf die Einfachheit des Verfahrens fordert. Es sind deshalb gute, Sicherheit gewährende Papiere nicht blos deshalb auszuschließen, weil sie, wie z. B. Hypothekenbriefe, keinen Börsen- oder Marktpreis haben. Auch auf Namen lautende Werthpapiere sind wohl zuzulassen, aber inwiefern sie Sicherheit bieten, ist eine andere Frage. Durch Vinkulirung zu Gunsten des Beklagten wird da

---

[2]) Prot. z. hann. E. S. 4931.

[3]) In Bayern ist öfter ein Depositorium bei einem Gerichte für mehrere Gerichte selbst höherer Instanzen vereinigt, so daß ein Prozeßgericht nicht einmal ein eigenes Depositorium hat.

[4]) Auch bei der Reichsbank und der kgl. Bank zu Nürnberg und drgl. Anstalten wird die Hinterlegung statt finden können.

nachgeholfen werden können. Dagegen kann das Gericht, abgesehen von den im § bezeichneten Ausnahmen, die Bestellung der Kaution durch Bürgen oder Unterpfand nicht zulassen.[5])

Ueber das bei der Sicherheitsleistung zu beobachtende Verfahren enthält sich der § einer Bestimmung. Es hat daher das für derartige Fälle gewöhnliche Verfahren einzutreten, es hat die Partei, die Sicherheit verlangt, den Antrag mittels Schriftsatzes dem Gegner zuzustellen und diesen zu einem Termin laden zu lassen. Daß auch ohne mündliche Verhandlung eine Entscheidung getroffen wird, ist, weil im Gesetze nicht für zulässig erklärt, unstatthaft. Die Befriedigung aus der geleisteten Sicherheit kann nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels erlangt werden. Das Verfahren richtet sich, je nachdem nach Vereinbarung der Parteien auch andere Sachen als Geld und Werthpapiere deponirt sind, nach den §§ 721, 722—724, 730, 736, 746. Die deponirten Sachen stehen abgepfändeten, dem Gewahrsam des Schuldners entzogenen (§ 712) gleich.

§ 102.

Ausländer, welche als Kläger auftreten, haben dem Beklagten auf dessen Verlangen wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten.

Diese Verpflichtung tritt nicht ein:

1. **wenn nach den Gesetzen des Staates, welchem der Kläger angehört, ein Deutscher in gleichem Falle zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet ist;**
2. **im Urkunden- oder Wechselprozesse;**
3. **bei Widerklagen;**
4. **bei Klagen, welche in Folge einer öffentlichen Aufforderung angestellt werden;**
5. **bei Klagen aus Ansprüchen, welche in das Grund- oder Hypothekenbuch einer deutschen Behörde eingetragen sind.**

„Ausländer, welche als Kläger auftreten". Die Verpflichtung zur Sicherheit wegen der Prozeßkosten legt § 102 ohne Rücksicht

---

[5]) Bes. Begr. d. E. zu § 98.

auf die in= oder ausländische Staatsangehörigkeit des Beklagten den Ausländern auf, welche als Kläger auftreten. Der Beklagte kann deshalb von Streitgenossen und Nebenintervenienten auf Seite des Beklagten, wenn diese Ausländer sind, keine Prozeßkostenkaution verlangen. Dagegen liegt die Kautionspflicht auch dem Ausländer ob, welcher dem Prozesse auf Seiten des Klägers als Nebenintervenient beitritt,[1]) da der Nebenintervenient dem Beklagten für die durch die Nebenintervention verursachten Kosten haftet (§ 96), im Falle des § 66 sogar als Streitgenosse gegenübersteht.[2]) Diese Verpflichtung tritt selbst dann für den Nebenintervenienten ein, wenn der Kläger, dem er beitritt, ein Ausländer ist und als solcher Prozeßkostenkaution geleistet hat.[3])

Für den Litisdenunciaten, der dem Prozesse beitritt, besteht als Nebenintervenienten dieselbe Verpflichtung. Dagegen kann der Nebenintervenient auf Seite des Beklagten keine Prozeßkostenkaution von dem Gegner verlangen, denn der Nebenintervenient ist nicht Beklagter. Nur im Falle des § 66 tritt eine Ausnahme ein. Zur Begründung der Kautionsforderung reicht für den Beklagten die Thatsache hin, daß der Kläger Ausländer ist,[4]) d. h. Nichtangehöriger des deutschen Reichs, auch wenn er in demselben wohnt und in demselben Vermögen irgend einer Art besitzt.[5]) Auch der ausländische Fiskus muß als Kläger Prozeßkostenkaution leisten.

Ist die Klage von Streitgenossen gestellt, die sämmtlich oder zum Theil Ausländer sind, so kann sich die Prozeßkostenkaution für den Einzelnen nur auf den ihn treffenden muthmaßlichen Antheil bei allenfallsigem Ersatz der Prozeßkosten des Beklagten erstrecken (§§ 58, 95 Abs. 2).

Ob der Ausländer als Kläger auftritt, ist nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung zu entscheiden. Als „Kläger

---

[1]) Der Hauptintervenient ist immer Kläger (§ 61) und war deßhalb eine Bestimmung im Gesetze nicht erforderlich. Prot. z. hann. E. S. 936.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu § 99 Abs. 3.

[3]) Prot. z. hann. E. S. 937—938.

[4]) Bes. Begr. d. E. zu § 99.

[5]) Prot. z. hann. E. S. 939.

auftreten" und „Klage erheben" wird hier nicht gleichbedeutend gebraucht. Der Nebenintervenient erhebt keine Klage, aber er tritt für den Kläger auf. Es gehören also hieher beispielsweise die Bestimmungen der §§ 541, 690, nicht aber Anträge auf Erlassung von Arresten und einstweiligen Verfügungen (§§ 796 ff.) oder auf Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß, sofern diese Prozeßhandlungen vor Stellung der Klage in der Hauptsache stattfinden.

„auf dessen Verlangen". Damit ist die Offizialthätigkeit des Gerichts ausgeschlossen. Der Antrag des Reichstagsabgeordneten Bähr, diese Worte, welche absichtlich bei Berathung des norddeutschen Entwurfs dem gleichen § 78 des hannover'schen Entwurfs, der sie nicht enthielt, eingefügt wurden,[6]) zu streichen, wurde bei Berathung des § 102 in der Justizkommission abgelehnt.[7]) Die Gerichte haben bei Erlassung eines Versäumungsurtheils,[8]) die Amtsgerichte bei Erlassung eines Zahlungsbefehls (§ 632) auf die Eigenschaft des Klägers als Ausländer nicht Rücksicht zu nehmen.

Das Verlangen ist vor der Verhandlung zur Hauptsache zu stellen und kann der Beklagte im Anwaltsprozesse wegen mangelnder Sicherheit für die Prozeßkosten die Einlassung verweigern. Ein nach dem Beginn der mündlichen Hauptverhandlung zur Hauptsache gestelltes Verlangen ist nur zulässig, wenn der Beklagte glaubhaft macht, daß er die Einrede der mangelnden Sicherheit der Prozeßkosten vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen ohne sein Verschulden nicht im Stande war (§§ 247, 248).

Auch in den höheren Instanzen kann das Verlangen auf Prozeßkostenkaution unter Umständen noch gestellt werden.[9]) Die Behandlung der Einrede der mangelnden Sicherheit der Prozeßkosten richtet sich nach den §§ 248, 465, 473, 529.

---

[6]) Prot. z. nordd. E. S. 198.

[7]) Prot. d. J.K. S. 38.

[8]) Ein bei Berathung des § 102 in der Justizkommission von Reichstagsabgeordneten **Bähr** gestellter entgegengesetzter Antrag wurde wieder zurückgenommen. Pr. d. J.K. S. 38.

[9]) Vergl. § 105 a. E. und §§ 490, 529.

„Diese Verpflichtung tritt nicht ein". Der Kläger kann die Kautionspflicht ablehnen, wenn er einen der in § 102 aufgeführten fünf Befreiungsgründe, welchen die Zulassung zum Armenrechte — § 107 Nr. 2, als sechster Hinzutritt — für sich geltend machen kann. Hierüber kann abgesonderte Verhandlung stattfinden, auch im Parteiprozesse (§ 465 Abs. 3).

Zu Nr. 1. „wenn nach den Gesetzen". Die Motive bemerken: „Der Grund Nr. 1 begreift die Fälle der Reciprocität. Die durch § 166 Nr. 1 des norddd. Entwurfs für die Befreiung des Ausländers gestellte fernere Bedingung, daß zugleich die Annahme vorliegen müsse, daß in dem Staate des Klägers die den Kostenpunkt betreffende Entscheidung des Prozeßgerichts werde vollstreckt werden, liegt außerhalb der Erfordernisse der Reciprocität und widerspricht der grundsätzlichen Auffassung der Civilprozeßordnung von der Stellung zum Auslande."

Ob die Reciprocität darin liegt, daß die ausländische Prozeßordnung überhaupt keine Prozeßkostenkaution fordert, oder ob solche durch Staatsvertrag zugesichert ist, ist gleichgültig. Ein Staatsvertrag geht hier einer entgegenstehenden Bestimmung der Prozeßordnung sogar vor.[10])

Zu Nr. 2. Die Nummer 2 setzt voraus, daß die mündliche Verhandlung im Urkunden- und Wechselprozeß auch wirklich geschlossen wurde. Steht der Kläger vorher vom Urkunden- oder Wechselprozesse ab, so ist dem Beklagten gestattet, die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten, die für § 557 durch Nr. 2 des § 102 ausscheidet, nachzutragen.[11]) Das geht klar aus der Bestimmung des folgenden § 103 hervor, „wenn die Voraussetzung, unter welcher der Ausländer von der Sicherheitsleistung befreit war, wegfällt."

Zu Nr. 3 und 4. Die Ausnahme einer Widerklage und der in Folge einer öffentlichen Aufforderung (§ 823) angestellten Klagen wird dadurch gerechtfertigt, daß die Erhebung dieser

---

[10]) Prot. z. nordd. E. S. 193—199; 1978.

[11]) Vergl. zu § 557.

Klagen durch einen vorangegangenen Angriff des Beklagten veranlaßt ist.[12])

Durch die Inklavirung von § 762 (823 des Gesetzes) deuten die Motive an, daß hier das Aufgebotsverfahren berücksichtigt werden sollte.[13])

Zu Nr. 5. Die Motive bemerken hiezu: „Entsprechend Bayern Art. 120 Nr. 3 redet der Entwurf im Falle der Nr. 5 des § 102 und ebenso §§ 745 ff. von Ansprüchen[14]) statt von „Forderungen", um jeden Zweifel über die Anwendbarkeit der Bestimmungen auf dingliche Klagen auszuschließen.[15]) Dadurch entscheiden die Motive aber die Kontroverse, ob persönlichen Ansprüchen gegenüber, die sich aus einem Hypothekeneintrage ableiten, eine Pflicht zur Prozeßkostenkaution besteht, verneinend. Bei Klagen auf eine Leistung aus einem Altertheil, der im Hypothekenbuche eingetragen ist, muß demnach keine Prozeßkostenkaution geleistet werden.

§ 103.

Der Beklagte kann auch dann Sicherheit verlangen, wenn im Laufe des Rechtsstreits der Kläger die Eigenschaft eines Deutschen verliert oder die Voraussetzung, unter welcher der Ausländer von der Sicherheitsleistung befreit war, wegfällt und nicht ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist.

„im Laufe des Rechtsstreits" d. h. nach der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache ohne Rücksicht, ob der Rechtsstreit in erster oder in einer höheren Instanz anhängig ist. Das Gesetz

---

[12]) Bes. Begr. d. E. zu § 99.

[13]) Bei Berathung des hannoverschen Entwurfes wurde lange darüber debattirt, ob hier außer den Provokationsklagen auch die Ediktalien im Konkurse zu subsumiren seien. Der ausländische Konkursgläubiger ist von der Kautionspflicht befreit. §§ 4, 65 der Konkursordnung.

[14]) Vergl. hiezu die Bemerk. zu § 136 unter dem gleichen Worte.

[15]) Vergl. auch Prot. z. hann. E. S. 941.

bestimmt keine Frist, binnen welcher der Beklagte im Falle des § 103 die Sicherheit verlangen muß, es steht ihm dies jederzeit frei.[1]) Die Höhe der zu leistenden Sicherheit ist aber, auch wenn dieselbe erst in der zweiten oder einer höheren Instanz angeregt wird, mit Rücksicht auf den ganzen Rechtsstreit, also auch die Kosten der untern Instanzen festzusetzen.

„Der Kläger die Eigenschaft eines Deutschen verliert". Hierüber sind die §§ 1, 2, 13 des Reichsgesetzes vom 1. Juni 1870 über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit zu vergleichen.

„die Voraussetzung — wegfällt". Also wenn z. B. im Laufe des Rechtsstreits ein Staatsvertrag über die bestehende Kautionsfreiheit der gegenseitigen Unterthanen wieder aufgehoben oder der Urkunden- oder Wechselprozeß wieder beseitigt wird[2]) oder dem Kläger, welcher wegen Zulassung zum Armenrechte von einer Sicherheitsleistung befreit war (§ 107 Nr. 2), ein Vermögen zufällt (§ 112).

„und nicht ein zur Deckung ausreichender Theil". Damit wird also wieder eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze des § geschaffen. Die Worte beziehen sich auf die beiden Alternativen desselben, die Motive bemerken: insofern nicht in diesen Fällen ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist. Der Kläger wird also nicht frei von der Kautionspflicht, wenn gegen die an sich unstreitige Klagforderung ein Kompensationsanspruch vorgebracht wird.[3])

„unbestritten ist" d. h. es muß ein ausdrückliches oder fingirtes Zugeständniß des Beklagten vorliegen, mag auch für

---

[1]) *Puchelt*, C.P.O. zu § 103 Nr. 7 verlangt nach § 247 auch hier für die höheren Instanzen Glaubhaftmachung, daß Beklagter die Einrede früher nicht habe geltend machen können. § 103 bezieht sich aber auf den Fall, daß der Grund zur Prozeßkostenkaution erst *nach der Einlassung in erster Instanz entstanden* ist, § 247 ist hierauf nicht anwendbar, eine prozeßhindernde Einrede kommt gar nicht in Frage.

[2]) Vergl. die Bemerkung zu Nr. 2 S. 452. Die weiteren Nummern 3—5 § 102 können nicht wohl einer Aenderung unterliegen.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu § 100. Ebenso Prot. z. hann. E. S. 941.

den Richter durch vorliegende Urkunden (§ 380) der Beweis der Klagforderung geliefert sein.[4]) Wenn umgekehrt im Laufe des Rechtsstreits die Voraussetzung, durch welche die Verpflichtung des Klägers zur Sicherheit begründet war, wegfällt, kann der Kläger die Aufhebung der Sicherheitsleistung beantragen.[5]) Wann die bestellte Sicherheit dem Kläger zurückzugeben ist, hat die Civilprozeßordnung nicht bestimmt. Als Zeitpunkt kann nur die rechtskräftige Entscheidung des Rechtsstreits bestimmt werden und beziehungsweise die in Folge dessen stattgefundene Zahlung der dem Beklagten etwa zu ersetzenden Prozeßkosten. So lange diese nicht erfolgte, haften die hinterlegten Werthe für die Prozeßkosten und der Beklagte kann aus denselben Befriedigung verlangen.

Der § 103 enthält auch keine näheren Bestimmungen, wie hier zu verfahren ist. Hier handelt es sich nicht mehr um eine prozeßhindernde Einrede, sondern um einen Zwischenstreit und das ändert die Sache wesentlich. Der Beklagte muß deshalb seinen Antrag bei der Instanz stellen, in welcher der Rechtsstreit liegt, muß den Kläger zu einem Termin laden lassen (§ 191 Abs. 1), worauf das Gericht den gefaßten Beschluß verkündigt oder den Parteien schriftlich zufertigt (§ 294), von diesem Zeitpunkte an läuft dann auch die nach § 105 vorgestreckte Frist.

Gegen diesen Beschluß giebt es, selbst wenn er in erster Instanz gefaßt wurde, kein Rechtsmittel, da die Verwerfung oder Zulassung einer prozeßhindernden Einrede nicht mehr in Frage ist und das Gesetz die Zulässigkeit der Beschwerde nicht angeordnet hat. Erst mit der Berufung gegen das Endurtheil kann der Beschluß angefochten werden (§ 473).

Ebenso ist zu verfahren, wenn bei Wegfall der Voraussetzungen der Sicherheit diese wieder aufgehoben werden soll.

§ 104.

Die Höhe der zu leistenden Sicherheit wird von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt.

---

[4]) Bei Berathung des hannoverschen Entwurfs wurde ausdrücklich hervorgehoben, daß Liquidität nicht genüge. Prot. z. hann. E. S. 949.

[5]) Bes. Begr. d. E. zu § 101.

Bei der Festsetzung ist derjenige Betrag der Prozeßkosten zu Grunde zu legen, welchen der Beklagte wahrscheinlich aufzuwenden haben wird. Die dem Beklagten durch eine Widerklage erwachsenden Kosten sind hierbei nicht zu berücksichtigen.

Ergiebt sich im Laufe des Rechtsstreits, daß die geleistete Sicherheit nicht hinreicht, so kann der Beklagte die Leistung einer weiteren Sicherheit verlangen, sofern nicht ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist.

„nach freiem Ermessen" aber nicht nach Belieben.[1]) Das freie Ermessen hat sich nach Absatz 2 des § zu richten, nicht nach einer von dem Beklagten etwa angegebenen Summe. Bei Bestimmung der Höhe ist derjenige Betrag der Prozeßkosten zu Grund zu legen, welchen der Beklagte wahrscheinlich aufzuwenden haben wird und zwar nicht nur für die erste Instanz, sondern für den ganzen Prozeß bis zu dessen rechtskräftiger Entscheidung.[2])

„Die durch eine Widerklage erwachsenden Kosten". Darin liegt nur eine Konsequenz des § 103 Abs. 2 Nr. 4. Uebrigens bezieht sich der § nur auf eine wirkliche Widerklage, nicht auf die Präjudicialincidentklage (§ 253); für diese kann der Beklagte Prozeßkostenkaution verlangen, wenn sie vom Kläger durch Erweiterung der Klage angeregt wird und die nach § 102 geleistete Sicherheit nicht mehr entspricht, nicht aber, wenn er selbst die Präjudicialincidentklage, wofür die Form der Widerklage vorgeschrieben ist, anregt.

„Ergiebt sich im Laufe des Rechtsstreits".[3]) Das Gericht kann bei seiner Wahrscheinlichkeitsberechnung sich geirrt haben, auch mögliche Zwischenfälle nicht alle voraussehen, eine Revision für unzulässig erachtet haben, der doch stattgegeben wurde u. dgl. Hieher gehört auch der in Art. 165 Abs. 2 des norddeutschen Entwurfs vorgesehene Fall, wenn die hinterlegten Werthpapiere im Kurse sinken.

---

[1]) Vergl. die Bemerk. zu § 3 unter „nach freiem Ermessen."

[2]) Bes. Begr. d. E. zu § 101. Vergl. S. 419.

[3]) Vergl. die Bemerk. zu den gleichen Worten des § 103.

„verlangen". Ist das Verlangen, wenn der Rechtsstreit gerade in einer höheren Instanz schwebt, bei dieser zu stellen? Die Frage ist nach den Bemerkungen zu § 103 a. E. zu bejahen und ist auch hiernach zu verfahren.

§ 105.

Das Gericht hat dem Kläger bei Anordnung der Sicherheitsleistung eine Frist zu bestimmen, binnen welcher die Sicherheit zu leisten sei. Nach Ablauf der Frist ist auf Antrag des Beklagten, wenn die Sicherheit bis zur Entscheidung nicht geleistet ist, die Klage für zurückgenommen zu erklären oder, wenn über ein Rechtsmittel des Klägers zu verhandeln ist, dasselbe zu verwerfen.

„Bei Anordnung der Sicherheitsleistung eine Frist zu bestimmen". Das hat also in dem Urtheile zu geschehen, in welchem die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten als begründet erachtet wird. Bei Anordnung sagt das Gesetz.[1]) Die Zustellung eines nicht verkündeten Urtheils erfolgt nach § 294, von hier an läuft dann auch die Frist (§ 198). Das Urtheil hat aber keine weitere Wirkung, das Verfahren wird fortgesetzt, wenn nicht der Beklagte auf Grund des § 248 die Verhandlung in der Hauptsache verweigert, so lange, bis der Beklagte einen Antrag nach § 105 stellt. Die entgegenstehenden Bestimmungen des § 80 Abs. 1 des hannover'schen und § 169 Abs. 1 des norddeutschen Entwurfs hat die Civilprozeßordnung nicht aufgenommen.

„Nach Ablauf der Frist". Die Frist ist keine Nothfrist,[2]) kann daher sowohl von den Parteien selbst durch Uebereinkunft oder nach Antrag durch das Gericht verlängert und selbst nach Ablauf derselben noch so lange rechtswirksam Sicherheit geleistet

---

[1]) Prot. z. hann. E. S. 5894—5895. Es sollte noch ein besonderer Antrag des Beklagten um Festsetzung einer Frist vermieden werden.

[2]) Weshalb die §§ 211 und 213 hier nicht anwendbar sind.

werden, als eine Entscheidung wegen der Prozeßkostenkaution noch nicht erlassen wurde.[3])

„nicht geleistet ist". Die Sicherheit muß, abgesehen von der Uebereinkunft der Parteien, in der angeordneten Weise geleistet werden und vollständig, wenn sie Erfolg haben soll.[4])

„Die Klage für zurückgenommen". Die Motive bemerken: „so ist auf Antrag des Beklagten die Klage für zurückgenommen (§ 234) zu erklären.[5]) Durch die Inklavirung von § 234 — § 242 der Civilprozeßordnung — ist klar ausgedrückt, was auch schon der Wortlaut des § sagt, daß der Kläger nicht als auf seinen Anspruch verzichtend erachtend wird. Er kann, soferne er Sicherheit leistet, die Klage von Neuem stellen.

„wenn über ein Rechtsmittel zu verhandeln ist". Stärker ist der Nachtheil, welchen der Kläger in gleichem Falle in der Rechtsmittelinstanz erleidet. Hier wird im Falle der Säumniß des Klägers das Rechtsmittel verworfen und das angegriffene Urtheil rechtskräftig,[6]) d. h. in Bezug auf den Kläger.

Wenn die Frage der Sicherheitsleistung im zweiten oder einem höheren Rechtszuge auftaucht, lassen sich folgende Fälle denken:

1) Der Beklagte hat allein die Berufung ergriffen. Hier kann er, wenn in erster Instanz keine Sicherheit verlangt und ein auf die Sache eingehendes Urtheil erlassen wurde, nicht verlangen, daß die Klage, über welche entschieden ist, für zurückgenommen erklärt werde. Eine auf Grund des § 103 erst im zweiten Rechtszuge vom appellirenden Beklagten geforderte Sicherheit hat für die Berufung selbst keine Wirkung.

---

[3]) Prot. d. J.K. S. 521, 593—594 §§ 201 Abs. 3, 202, 203. Um dies klar auszudrücken wurde der § gegen den Entwurf, der die Bestimmung enthält: Wird die Sicherheit binnen dieser Frist nicht geleistet, so ist auf Antrag des Beklagten die Klage u. s. w." wie geschehen, verändert.

[4]) Bes. Begr. d. E. zu § 102.

[5]) Vergl. die Bemerkungen zu § 209, von dessen Grundsatz § 105 eine Ausnahme bildet, denn nicht bis zum Schlusse der Verhandlung sondern bis zur Entscheidung kann das Versäumte nachgeholt werden.

[6]) Bes. Begr. d. E. zu § 102.

2) Der Kläger hat allein die Berufung ergriffen. Hier wird wie in erster Instanz das Verfahren bis zum Urtheil fortgesetzt und wenn der Kläger bis dahin die von ihm verlangte Sicherheit nicht geleistet hat, das Rechtsmittel auf Antrag des Appellaten verworfen.

3) Kläger und Beklagter haben Berufung ergriffen. Da ist das Rechtsmittel des Klägers zu verwerfen, aber das des Beklagten wird entschieden.

4) Der Beklagte hat die Berufung ergriffen und der Kläger hat sich angeschlossen. Hier kann nur die Berufung des Beklagten entschieden werden, die Anschließung des Klägers ist zu verwerfen, denn auch die Anschließung ist ein Rechtsmittel (§ 483 Abs. 2).

5) Der Kläger hat die Berufung ergriffen und der Beklagte sich angeschlossen. Hier ist das Rechtsmittel des Klägers zu verwerfen, aber die Anschließung des Beklagten hat fortzubestehen und wird entschieden.[7] § 483 steht nicht entgegen, denn die Berufung wird nicht als unzulässig, sondern aus einem ganz andern speziellen Grunde verworfen. Was von der Berufung angeführt wurde, findet auch für die Revision Anwendung (§ 518).

Die Folge der Nichtleistung der Sicherheit bleibt immer dieselbe, mag es sich um die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten oder um die erst im Laufe des Rechtsstreits hervorgetretene Verpflichtung zu solcher oder deren Erhöhung handeln.

§ 105 führt übrigens nur die Folgen für 2 Fälle der Nichtleistung der Sicherheit an, die Folgen in anderen Fällen ergeben sich von selbst, so daß, wenn ein Arrest unter der Bedingung für zulässig erklärt wurde, daß Sicherheit geleistet werde, derselbe bei Nichteinhaltung dieser Bedingung wieder aufzuheben ist.

---

[7]) A. M. Puchelt, C.P.O. zu § 105 Nr. 5. Seuffert, C.P.O. zu § 105 Nr. 3.

Siebenter Titel.

Armenrecht.

§ 106.

Wer außer Stande ist, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie nothwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bestreiten, hat auf Bewilligung des Armenrechts Anspruch, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nicht muthwillig oder aussichtslos erscheint.

Ausländer haben auf das Armenrecht nur insoweit Anspruch, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

„Wer außer Stande ist". Diese Formulirung des objektiven Erfordernisses des Armuth ist mit geringen Modifikationen den meisten deutschen Prozeßgesetzgebungen gemeinsam und bezieht sich nur auf physische Personen. Inwieweit ein Recht der juristischen Personen auf Gebührenfreiheit anzuerkennen, wird in der Prozeßordnung nicht bestimmt.[1]) Daraus folgt aber, daß es für juristische Personen überhaupt kein Armenrecht im Sinne der Civilprozeßordnung giebt,[2]) was auch durch § 113 ausgesprochen ist.

„zu bestreiten". Ob die arme Partei vermögliche alimentationspflichtige Verwandte hat, die möglicher Weise für die Prozeßkosten haften, ist gleichgültig. Die arme nicht in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau des Millionärs fällt unter § 106.

„auf Bewilligung des Armenrechts". Armenrecht ist nicht die Bewilligung nach einzelnen Landesgesetzen auf Gewährung der Freiheit von Gerichtsgebühren.[3]) Derartige Bestimmungen werden durch den siebenten Titel nicht berührt.

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 103.

[2]) Bei Berathung des nordd. Entw. wollte man ein Bedürfniß des Armenrechts für juristische Personen überhaupt nicht anerkennen und bemerkte, die Befreiung dieser Subjekte von Zahlung der Gerichtskosten sei als Vorrecht der Sportelfreiheit aufzufassen. Prot. z. nordd. E. S. 181.

[3]) Bayer. Ges. vom 15. Aug. 1828 § 6 die Militärgerichtsbarkeit in bürgerl. Rechtss. betr. Vergl. auch Anm. 10.

„wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung". Der Entwurf enthielt diese Bedingung, die allerdings in § 170 Absatz 1 des norddeutschen Entwurfs aufgenommen worden war, nicht, und die Motive bemerken zur Rechtfertigung: „Zum Schutze gegen den Mißbrauch des Armenrechts durch frivole Prozeßführung ist in zahlreichen Prozeßgesetzen eine sachliche Vorprüfung der von der armen Partei beabsichtigten Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung vorgeschrieben. Die Zulassung eines solchen Präventivmittels hat aber erhebliche Bedenken gegen sich, sie ist, wenn man die Vornahme der Prüfung dem Prozeßgerichte überlassen will, in hohem Grade geeignet, die Unbefangenheit desselben für den Rechtsstreit zu gefährden, wie sie auch der grundsätzlichen Abschaffung der sachlichen Klageprüfung zuwiderläuft." Nachdem dann ausgeführt wird, daß auch nicht, wie in einzelnen Prozeßgesetzen, die Prüfung anderen Behörden oder dem Staatsanwalte überlassen werden könne, schließen die Motive: „Der Entwurf hat aus Rücksicht auf diese materiellen und formellen Nachtheile — welche auch bei Beschränkung der Vorprüfung auf Armenrechtsgesuche klagender Prozeßparteien bestehen bleiben — von einer sachlichen Vorprüfung abgesehen und hat daher ohne Bedenken die Entscheidung über die Bewilligung des Armenrechts dem Prozeßgerichte überlassen. Die §§ 108, 109, 112 und 116 bieten ausreichenden Schutz gegen mißbräuchliche Anwendung des Armenrechts." Gleichwohl beschloß die Justizkommission den Zusatz und änderte das hierin in erster Lesung beschlossene „völlig aussichtslos" in „aussichtslos" ab, nachdem Abgeordneter Reichensperger bemerkt hatte, der Gedanke der Kommission werde ungebührlich abgeschwächt, wenn man das Wort „völlig" stehen lasse. Es werde gewissermaßen gesagt, daß das Gegentheil von dem angenommen werden müsse, was der Kläger behaupte.[4]) Also soll das Gericht das Armenrecht nicht bewilligen, wenn die Sache nur sehr zweifelhaft für die arme Partei steht![5])

[4]) Prot. d. J.K. S. 39—41, 523. Der nordd. Entwurf hat seiner Vorlage, die nur das „muthwillig" enthielt das „völlig aussichtslos" besonders beigesetzt.

[5]) Daß der Armenanwalt eine indefensible Sache ablehnen dürfe, wurde bei Berathung des § in der Justizkommission auch von Seite des Vertreters

Die Prüfung des Gerichts erstreckt sich übrigens nicht nur auf die Muthwilligkeit und Aussichtslosigkeit des Rechtsstreits für die eine oder andere Partei, sondern auch auf deren Armuth. Das Gericht allein kann richtig die muthmaßliche Größe der Prozeßkosten und deren Verhältniß zu der armen Partei beurtheilen, nicht die obrigkeitliche Behörde, deren Zeugniß nur als Grundlage der Entscheidung des Gerichts über die Armuth der Partei dient.[6]) Eine solche Prüfung cessirt im Falle des § 110 Abs. 2.

„Rechtsverfolgung und Rechtsvertheidigung". Das Armenrecht wird gewährt ohne Rücksicht auf die Art der Rechtsverfolgung, also nicht blos bei Klagen, Rechtsmitteln, sondern auch bei Arresten, einstweiligen Verfügungen u. dgl. und ohne Rücksicht auf die Art der Vertheidigung, also auch für Widerklagen, Streitverkündung. Auch der Nebenintervenient und Litisdenunciat haben Anspruch auf Zulassung zum Armenrecht, denn ihr Beitritt bezweckt eine Vertheidigung gegen Ansprüche, die gegen sie erhoben werden können oder gegen drohende Verluste.

„verbürgt ist". Schon bei Berathung des norddeutschen Entwurfs wurde der Antrag, hier einzuschalten: „durch Verträge oder Gesetze" abgelehnt.[7]) Bei Berathung in der Justizkommission erklärte der Vertreter des Bundesraths auf eine Bemerkung des Abgeordneten Reichensperger, daß sich jene Worte nicht blos auf die durch ausländische Gesetze, sondern auch auf die durch internationales Uebereinkommen der Angehörigen des deutschen Reichs zugesicherte Gewährung des Armenrechts bezögen.[8]) So weit zwischen einzelnen deutschen Bundesstaaten und dem Auslande Verträge bestehen, trifft diese § 106.

Nach einem zwischen Bayern und Frankreich abgeschlossenen Vertrag von 11. März 1870[9]) werden die gegenseitigen Unter-

---

des Bundesraths von Amsberg anerkannt. Prot. d. J.K. S. 40—42. Das trifft nicht mehr zu. Vergl. hierüber zu § 107 unter „ein Rechtsanwalt beigeordnet werden."

[6]) Vergl. zu § 109.

[7]) Prot. z. nordd. E. S. 182.

[8]) Prot. d. J.K. S. 40.

[9]) Regierungsbl. S. 651—655.

thanen wie die eigenen zum Armenrechte zugelassen, das Armuthszeugniß ist durch die Behörde des Wohnorts auszustellen; wenn die um das Armenrecht ansuchende Partei außerhalb des Landes, wo das Armenrecht ertheilt werden soll, ihren Wohnsitz hat, soll das Armuthszeugniß bestätigt und legalisirt werden durch die diplomatische Vertretung desjenigen Landes, woselbst das Zeugniß producirt werden soll. Hat der Ausländer seinen Wohnsitz in dem Lande, woselbst das Gesuch gestellt wird, so können überdies weitere Aufschlüsse bei den Behörden desjenigen Landes begehrt werden, welchem der Ausländer angehört.

Ueber Zulassung der gegenseitigen Unterthanen bestehen sonst keine Verträge zwischen Bayern und dem Auslande.[10])

Auch zwischen Sachsen und dem Auslande bestehen keine solchen Verträge und werden auch keine solchen geschlossen werden, da in Sachsen die Ausländer betreffs des Armenrechts stets dem Inländer vollkommen gleichgestellt werden.[11])

Auch Württemberg hat mit dem Auslande keine Verträge über Zulassung der gegenseitigen Unterthanen zum Armenrechte abgeschlossen. Durch Justizministerialerlaß vom 19. Dezember 1864 wurde den Gerichten zur Nachachtung bekannt gegeben, daß nach dem bestehenden österreichischen Rechte die württembergischen Unterthanen bezüglich des Armenrechts dieselben Vergünstigungen genießen, wie die Angehörigen des eigenen Staates und daß die Voraussetzungen und der Umfang des Armenrechts mit dem württembergischen Armenrechte übereinstimmen, somit Gegenseitigkeit vorliege. Dieser Erlaß ist erfolgt auf Grund einer auf diplomatischem Wege erfolgten Erklärung der öster-

---

[10]) Nach einer Uebereinkunft zwischen Oesterreich und Bayern vom 4. bezw. 17. Januar 1852, wegen Aufhebung der gegenseitigen Kostenvergütung in civil und strafrechtlichen Requisitionsfällen haben die Behörden des einen Staats, wenn die betreffende Partei ein hinreichendes Vermögen nicht besitzt, die Requisitionen des andern sportel- und gebührenfrei zu erledigen. Regierungsbl. v. 1852 S. 107 ff. Wenn Oesterreich auf Grund des § 33 des österr. bürgerlichen Gesetzbuchs die Ausländer gleich wie die Inländer zum Armenrechte beläßt (vergl. folgende Anm. 12), wird diese Uebereinkunft überflüssig werden.

[11]) Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. Jahrg. 1842 S. 344.

reichischen Staatsregierung. Dieselbe enthält lediglich eine Rechtsausführung, gestützt auf § 33 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für Oesterreich. (Gleichheit vor dem Gesetze auch für Ausländer).[12])

§ 107.

Durch die Bewilligung des Armenrechts erlangt die Partei:

1. **Die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der rückständigen und künftig erwachsenden Gerichtskosten, einschließlich der Gebühren der Beamten, der den Zeugen und den Sachverständigen zu gewährenden Vergütung und der sonstigen baaren Auslagen, sowie der Stempelsteuer;**
2. **der Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten;**
3. **das Recht, daß ihr zur vorläufig unentgeltlichen Bewirkung von Zustellungen und von Vollstreckungshandlungen ein Gerichtsvollzieher und, insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte ein Rechtsanwalt beigeordnet werde.**

---

[12]) Dieser § 33 enthält allerdings keine Bestimmungen über das Armenrecht. Wenn er aber in Oesterreich dahin interpretirt wird, daß alle Ausländer unter den gleichen Voraussetzungen, wie die Oesterreicher zum Armenrechte belassen werden müssen, dann ist in Oesterreich Gegenseitigkeit gesetzlich verbürgt und müssen die Oesterreicher in Deutschland unter gleichen Voraussetzungen zum Armenrechte belassen werden. Hiemit hängt wohl auch eine bayerische Justizministerialentschließung vom 18. März 1851 ergangen an das k. Appellationsgericht von Schwaben und Neuburg, die Jurisdektionsverhältnisse mit Oesterreich, hier die gegenseitige Zulassung vermögensloser Streittheile zum Armenrecht betr., zusammen, worin das Landgericht Weiler angewiesen wird, den österreich. Behörden die Bestätigung zu ertheilen, daß die österreichischen Unterthanen in Bayern zum Armenrechte belassen würden, und ihnen nöthigen Falls auch ein Armenanwalt beigegeben werde, wenn sie ihre Armuth durch gehörige Zeugnisse darthun.

„die Partei". Der Ausdruck Partei setzt einen Prozeßgegner voraus,[1]) wie denn auch die §§ 108, 110, 111, 114—117 vom Kläger und Beklagten und vom Gegner und die Nummern 1—3 des § 107 nur von wirklichen Prozeßhandlungen sprechen. § 109 Abs. 2 verlangt Angabe des Streitverhältnisses und der Beweismittel, was im Aufgebotsverfahren zum großen Theile nicht vorkommen kann. Hier wie im Entmündigungsverfahren, wenn nicht eine Klage erhoben wird und überall, wo nicht ein Rechtsverhältniß einer Partei einem Andern gegenüber in Frage kommt, also z. B. auch im Falle des § 455 scheiden die Bestimmungen des siebenten Titels aus.[2]) Allerdings kann man hiegegen einwenden, daß die erwähnten Verhältnisse Akte vor dem Richter der streitigen Rechtspflege betreffen und in der Civilprozeßordnung geregelt sind, das wird aber die entgegenstehenden Gründe kaum alteriren.

„Gerichtskosten". Der § schließt keine aus. Es gehören hieher auch die aus Auftrag des Gerichts in Folge des dreizehnten Titels des G.V.G. (Rechtshülfe) entstehenden Kosten, alle Requisitionen, Prozeßhandlungen eines beauftragten oder ersuchten Richters, auch eines ausländischen.

„der Beamten". Unter den Beamten ist auch der Gerichtsvollzieher inbegriffen und unter Nr. 2 des § die Gerichtsschreibergebühren.[3])

„den Zeugen und Sachverständigen". Wenn die arme Partei von der Zahlung der Zeugengebühren einstweilen befreit bleibt, so folgt daraus nicht, daß die Zeugen oder Sachverständigen der im Armenrecht streitenden Partei keine Gebühren erhalten. Reisekosten und Gebühren muß der Staat zahlen, da dieser die Zeugen vorladet und das Gericht die Sachverständigen vernimmt. (§§ 366,

---

[1]) Die Motive zu §§ 103—114 des Entwurfs sagen: „Die Befreiung armer Prozeßparteien von den Kosten folgt aus der Nothwendigkeit gleichen Rechtsschutzes für Arm und Reich.

[2]) A. M. Seuffert, C.P.O. zu § 106 Nr. 5. Der Nebenintervenient gehört zu den Parteien. Vergl. zu § 50 u. zu § 106 unter „Rechtsverfolgung."

[3]) Prot. z. nordd. E. S. 183.

378).[4]) Ein Antrag, daß das Gericht zu bestimmen habe, welche Zeugen und Sachverständigen im Armenrechte vorzuladen sind, wurde abgelehnt, hiebei bemerkte aber der Vertreter des Bundesraths, daß, wenn einige davon das in die Wissenschaft des Zeugen Gestellte vollständig bekundet hätten, von der Vernehmung der übrigen abzusehen sei.[5]) Das ist aber unrichtig, da nur eine Partei auf Vernehmung des vorgeschlagenen Zeugen verzichten und trotzdem die Gegenpartei auf Vernehmung bestehen kann (§ 364), abgesehen davon, daß die erschienenen Zeugen immer Reisekosten und Gebühren erhalten müssen.

„der sonstigen baaren Auslagen". Sind das nur Auslagen des Gerichts, wie § 84 Nr. 2 des hannover'schen Entwurfs bestimmt, oder auch der Partei? Dafür spricht: Bei Berathung des hannover'schen Entwurfs wurde zwar ein Antrag, daß für die arme Partei die ihr zur Last fallenden nothwendigen Auslagen, auch besonders die ihres Anwalts und Gerichtsvollziehers und die Gebühren der Zeugen oder Sachverständigen, desgleichen in Fällen, wo das persönliche Erscheinen durch gesetzliche Vorschrift wie durch richterliche Anordnung besonders geboten war, aus der Staatskasse vorgestreckt werden, abgelehnt,[6]) allein gerade die Aufnahme der Bestimmung der Nr. 1 des § und die hieraus zu ziehende Konsequenz, dann die sicherlich absichtliche Hinweglassung der Worte „des Gerichts" nach „baaren Auslagen" sprechen für diese Ansicht. Zu einem andern Resultate aber gelangt man, wenn man das „einschließlich" in Ziff. 1 nicht blos auf die Gebühren der Beamten, sondern auf den weiteren Inhalt bezieht, so daß die baaren Auslagen nur als Species der Gerichtskosten erscheinen. Dann fallen aber auch die Reisekosten der armen Partei, selbst wenn deren Erscheinen angeordnet wird (§ 132) nicht unter Ziff. 1 des § 107, denn dieser spricht nur von einstweiliger Be-

---

[4]) Deßhalb wurde ein Antrag Reichensperger's, im § die Worte „der den Zeugen — Vergütung" zu streichen von der Justizkommission abgelehnt. Prot. d. J.-K. S. 41. Vergl. auch Prot. z. hann. E. S. 980 und § 344.

[5]) Prot. d. J.-K. S. 523—524.

[6]) Prot. z. hann. E. S. 979—982, S. 4944.

freiung von Gerichtskosten, von einem Auszahlen des Staats an die arme Partei ist keine Rede.

„für die Prozeßkosten". Diese Bestimmung trifft nur die zum Armenrechte belassenen Kläger, welche Ausländer sind (§ 102 Abs. 1). Befreiung der Sicherheit von andern im Laufe des Prozesses entstehenden Kosten, für welche solche Sicherheit verlangt werden kann, sowie die durch das bürgerliche Recht begründete Kautionspflicht werden hiedurch nicht betroffen.

„ein Gerichtsvollzieher". Die Motive bemerken: Um jeden Zweifel auszuschließen, daß zu den einstweilen gestundeten Gebühren der Nr. 1 genannten Beamten auch die Kosten der Gerichtsvollzieher gehören, ist derselben in Nr. 3 ausdrücklich neben der Anwälte gedacht.[7])

„insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist".[8]) Da nur im Anwaltsprozesse der Zugang zum Gerichte die Vermittlung eines Armenanwalts voraussetzt, so ist der Partei nur für diesen Prozeß ein Recht auf Beiordnung eines Anwalts zugestanden.[9]) Im Parteiprozesse muß sich also die arme Partei, wenn sie nicht ihren Prozeßbevollmächtigten zahlen will, was ihr freisteht, selbst vertreten.

„ein Rechtsanwalt beigeordnet werden".[10]) Der Vertreter des Bundesraths sprach die Ansicht aus, daß auch der Armenanwalt grundlose Sachen ablehnen dürfe.[11]) Für die nunmehrige Fassung des § paßt aber diese Ansicht nicht, da das Gericht das Armenrecht nur bewilligen darf, wenn die Sache nicht muthwillig und nicht aussichtslos ist.

---

[7]) Bes. Begr. d. E. z. § 104.

[8]) Ueber die Prozeßvollmacht des Armenanwalts ist § 76 zu vergleichen.

[9]) Bes. Begr. d. E. zu § 104. Ein Antrag Grimm's, der armen Partei einen Anwalt beizuordnen, wenn eine solche dem Gerichte angemessen erscheine, wurde von der Justizkommission abgelehnt. Prot. d. J.K. S. 41. Bei Berathung des hannover'schen Entwurfs war ein ähnlicher Antrag angenommen worden, man ging davon wieder ab. Prot. z. hann. E. S. 4943.

[10]) Die Aufstellung des Anwalts und Gerichtsvollziehers geschieht am besten gleichzeitig mit Bewilligung des Armenrechts. Notare (bayer. P.O. Art. 134) fallen nicht unter Nr. 3 des §.

[11]) § 106 Anm. 5.

Ueber die baaren nothwendigen Auslagen des Armenanwalts schweigt die Civilprozeßordnung, ebenso wie über die baaren Auslagen des Gerichtsvollziehers.[12]) Es wird hier nur die Anwendung des für den gemeinen Prozeß angenommenen Grundsatzes, daß derartige Ausgaben von der Armenkasse des Orts, welcher der Arme zur Last fällt, vorzuschießen sind,[13]) Platz greifen können.

Wenn zwei Parteien miteinander im Armenrechte streiten, was trotz der Vorprüfung durch das Gericht nicht zu vermeiden sein wird,[14]) treffen alle Prozeßkosten den Staat.

Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs ging man von der Ansicht aus, daß auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung dem diskretionären Ermessen des Gerichts überlassen bleibe, die Verhandlung der Sache mit Rücksicht auf die erfolgte Nachsuchung des Armenrechts auszusetzen, und lehnte deshalb den § 120 des preußischen Entwurfs, der eine desfallsige Bestimmung enthält, ab.[15]) Auch die Civilprozeßordnung ist, wie aus dem Mangel einer besonderen Bestimmung zu entnehmen ist, wohl dieser Ansicht.

§ 108.

Die Bewilligung des Armenrechts hat auf die Verpflichtung zur Erstattung der dem Gegner erwachsenden Kosten keinen Einfluß.

Der § 108 bestimmt demnach, daß § 87 auch für die arme Partei keine Ausnahme bildet; darnach hat aber die arme Partei auch nur die Kosten zu erstatten, die das Gericht für nothwendig

---

[12]) Z. B. die von dem Gerichtsvollzieher zu zahlenden Postporti, für Ueberfahrt auf Flüssen, Brückenzoll und drgl.

[13]) Gönner, Hdb. des Proz. Abhandl. XXIV, § 3, Bayer, Vorträge zu Martin's Lehrb. S. 25. (VIII. Auflage.)

[14]) Der Richter kann einer Klage einer armen Partei, die an und für sich begründet erscheint, nicht ansehen, ob nicht der Anspruch bezahlt oder sonst berichtigt ist, und muß die arme Partei, welche begründete Einreden dagegen hat, auch zum Armenrechte belassen.

[15]) Prot. z. nordd. E. S. 186.

erachtet.[1]) Es müssen dem Gegner von der armen Partei auch die in § 111 angeführten Kosten, die er bis zur Bewilligung des Armenrechts getragen hat, ersetzt werden.

Ebenso muß der Kläger bei Zurücknahme seiner Klage (§ 243) die dem Beklagten veranlaßten Kosten ersetzen und der Beklagte kann auch dem zum Armenrechte zugelassenen Kläger gegenüber auf unterlassenen Ersatz bei Erneuerung der Klage eine prozeßhindernde Einrede gründen (§ 247 Nr. 5).

§ 109.

Das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts ist bei dem Prozeßgerichte anzubringen; es kann von dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Dem Gesuch ist ein von der obrigkeitlichen Behörde der Partei ausgestelltes Zeugniß beizufügen, in welchem unter Angabe des Standes oder Gewerbes, der Vermögens- und Familienverhältnisse der Partei sowie des Betrags der von dieser zu entrichtenden direkten Staatssteuern das Unvermögen zur Bestreitung der Prozeßkosten ausdrücklich bezeugt wird. Für Personen, welche unter Vormundschaft oder Kuratel stehen, kann das Zeugniß auch von der vormundschaftlichen Behörde ausgestellt werden.

In dem Gesuche ist das Streitverhältniß unter Angabe der Beweismittel darzulegen.

„bei dem Prozeßgerichte". Das ist nicht nothwendig das Gericht erster Instanz, sondern das Gericht, bei welchem zur Zeit der Gesuchsstellung der Prozeß anhängig ist,[1]) was auch schon aus § 110 erhellt, wornach für jede Instanz das Armenrecht besonders zu bewilligen ist.

„es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden". Gemäß dem allgemeinen Grundsatze des § 74 Abs. 2 nimmt der § 109 das Gesuch um Ertheilung des Armenrechts vom Anwaltszwange aus.[2]) Deshalb muß dem Gesuchsteller auch

[1]) Vergl. auch zu § 111.

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 106.

[2]) Bes. Begr. a. a. O.

erlaubt sein, ein von ihm verfaßtes und unterzeichnetes Gesuch bei Gericht zu übergeben (§ 121 Abs. 2 und Nr. 6).

„von der obrigkeitlichen Behörde — ausgestelltes Zeugniß". Die Motive bemerken hiezu: „Die Bezeichnung der zur Ausstellung der Armuthszeugnisse berechtigten Behörden fällt der Verwaltung zu." Indessen hat man den Gemeindevorstand des § 117 Abs. 1 des preußischen Entwurfs absichtlich bei Berathung des norddeutschen Entwurfs durch „obrigkeitliche Behörde" ersetzt.[3]).

In Bayern hat der Armenpflegschaftsrath das Vermögenszeugniß auszustellen.[4])

In Sachsen hat das Zeugniß die Ortsobrigkeit auszustellen, welche über die Vermögensverhältnisse der Bittsteller mit möglichster Sorgfalt Erörterungen anzustellen und sich auf die Zeugnisse der Armendeputationen, Gemeinderäthe und Armenvereine zu stützen hat.[5])

In Württemberg haben die Gemeinderäthe die betreffenden Zeugnisse auszustellen[6])

Dieses Zeugniß ist als Grundlage für die Entscheidung des Gerichts über die im § 106 definirte Armuth dem Gesuche beizulegen,[7]) so daß die Worte „in welchem das Unvermögen zur Bestreitung der Prozeßkosten ausdrücklich bezeugt wird" keineswegs eine Entscheidung der Administrativbehörde, welche das Zeugniß ausstellt, über die Berechtigung der Zulassung zum Armenrechte enthalten, sie sollen vielmehr bedeuten, daß eine solche Armuth bezeugt wird, daß hiernach die Bestreitung der Prozeßkosten nach Ansicht des Gerichts nicht möglich ist.

Das Gericht kann das Armenrecht nicht bewilligen, wenn die Partei das vorgeschriebene Zeugniß nicht übergiebt,[8]) es kann

---

[3]) Prot. z. nordd. E. S. 181—182.

[4]) Königl. Verordn. v. 13. Juni 1870, das Armenrecht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betr. § 1.

[5]) Osterloh, der ord. bürg. Proz. Bd. I S. 411 und Anm. 10 daselbst.

[6]) Normalverfügung des Obertribunals vom 9. Januar 1808, Gemeinbescheid des Civilsenats des Obertrib. v. 25. Sept. 1850.

[7]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[8]) Die Anwendung des § 259 ist hier natürlich ausgeschlossen.

aber dieses bei ersichtlichem Mangel zurückgeben. Beweiserhebungen über die behauptete Armuth hat das Gericht nicht zu pflegen.

„von der vormundschaftlichen Behörde". Das sind in Bayern die Stadt- und die Landgerichte, die künftigen Amtsgerichte. Das Amtsgericht kann also selbst das Zeugniß für Parteiprozesse ausstellen, sein eigenes Zeugniß prüfen und daraufhin das Armenrecht bewilligen. So komisch die Sache aussieht, ist sie es doch nicht, denn dies Zeugniß gilt für alle höheren Instanzen[9]), also auch für die Revisionsinstanz, insoweit amtsgerichtliche Sachen dahin gelangen können und dort das Armenrecht ertheilt werden soll.

Auch in Sachsen ist das Gerichtsamt (künftiges Amtsgericht) die vormundschaftliche Behörde.[10]) Das Verhältniß ist das gleiche wie in Bayern.

In Württemberg bestehen als besondere vormundschaftliche Behörden die Waisengerichte.[11])

„In dem Gesuche — darzulegen." Der Entwurf hatte diesen Absatz nicht, aber der norddeutsche Entwurf § 174 enthält ihn sogar mit der Ausdehnung „soweit darzulegen, daß das Gericht zu prüfen vermag, ob eine muthwillige oder eine völlig aussichtslose Prozeßführung beabsichtigt sei". Dies ist auch der Grund, aus dem Abs. 3 als Konsequenz der Beschlußfassung zu § 106 angenommen wurde.[12])

„unter Angabe der Beweismittel". Das Gesetz verlangt Angabe a l l e r. Es gehören also auch Urkunden hieher, sowie Eideszuschiebung. Genügt die Aufzählung und der Inhalt der Beweismittel nicht, so darf dem Gesuche nicht stattgegeben werden, aber es kann, wenn eine Aufklärung zu erwarten steht, dem Gesuchsteller zu diesem Zwecke zurückgegeben werden.

---

[9]) Wenn z. B. in erster Instanz die Zulassung verweigert und bei geänderter Sachlage, unverhältnißmäßig großen nicht vorauszusehenden Kosten, in einer höhern Instanz wiederholt nachgesucht oder bei Verweigerung hiegegen Beschwerde ergriffen wird (§ 118).

[10]) Provisor. Gerichtsordn. §§ 22—26, 28—32, 34—36.

[11]) Art. 2—5, 18 des Notariatsges.

[12]) Prot. d. J.K. S. 42.

§ 110.

Die Bewilligung des Armenrechts erfolgt für jede Instanz besonders, für die erste Instanz einschließlich der Zwangsvollstreckung.

In der höheren Instanz bedarf es des Nachweises des Unvermögens nicht, wenn das Armenrecht in der vorherigen Instanz bewilligt war. Hat der Gegner das Rechtsmittel eingelegt, so ist in der höheren Instanz nicht zu prüfen, ob die Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung der Partei muthwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Entwurf hatte lediglich die Bestimmung: Die Bewilligung des Armenrechts erfolgt für den ganzen Rechtsstreit einschließlich der Zwangsvollstreckung. Die Justizkommission brachte den § in seine nunmehrige mit § 176 des norddeutschen Entwurfs korrespondirende Gestalt, da zu § 106 auch nach dem norddeutschen Entwurf das Prinzip der Vorprüfung wieder hergestellt wurde, diese Vorprüfung aber bei veränderter Sachlage oft in höherer Instanz nicht mehr zutreffe.[1]) Für die höhere Instanz ist namentlich die Prüfung der Nothwendigkeit und der Aussicht des von der armen Partei eingelegten Rechtsmittels auf Erfolg maßgebend.

„Die Bewilligung des Armenrechts erfolgt". Dem entspricht, daß auch bei dem Berufungs- und Revisionsgerichte ein Gesuch um Zulassung zum Armenrechte zu stellen ist. Auch bei der Beschwerde wegen Verweigerung der Zulassung (§ 118) ist ein Gesuch um Zulassung bei der höheren Instanz nicht unstatthaft, man kann nicht behaupten, daß hier die Entscheidung über dieses dem Beschlusse des Untergerichts präjudiciren würde. Die Sache ist an den höheren Richter gebracht, der Erstrichter hat nicht mehr darüber zu sprechen. Aber der Oberrichter wird, wenn Beschwerde und Gesuch ihm vorliegt, erst die Beschwerde bescheiden, weil dann bei Stattgeben auch für die zweite Instanz die Vermögenslosigkeit hergestellt ist; auch bei Zurückweisung wegen Aussichts-

---

[1]) Prot. z. J.-K. S. 42.

losigkeit wird das der richtige Gang sein. Die Bewilligung des Armenrechts hat in jeder Instanz die in § 107 angeführten Folgen.

Sucht eine in der vorigen Instanz noch nicht zum Armenrechte zugelassene Partei um Bewilligung desselben nach, so richtet sich das Verfahren auch in der höheren Instanz nach den Bestimmungen der §§ 106 und 109.

„einschließlich der Zwangsvollstreckung". In dem Beschlusse der Justizkommission zu § 110 fanden sich diese Worte nicht, sondern wurden erst durch die Redaktionskommission, entsprechend dem Entwurfe, beigesetzt. Dadurch wird die Nothwendigkeit der Bewilligung des Armenrechts für die Fälle ausgeschlossen, in denen das Vollstreckungsgericht und das Gericht erster Instanz nicht identisch sind. Wenn aber erst in der höheren Instanz das Armenrecht bewilligt wurde, erübrigt der armen Partei nur, für die Zwangsvollstreckung bei dem Gerichte erster Instanz (Prozeßgericht § 109), nicht bei dem Vollstreckungsgerichte (das, wie erwähnt, mit dem Gerichte erster Instanz nicht zusammenfallen muß), um Bewilligung des Armenrechts nachzusuchen

„in der höheren Instanz". Die Prüfung der Armuth der Partei fällt in der höheren Instanz hinweg, wenn das Armenrecht in der vorigen Instanz bewilligt war und die arme Partei ein Rechtsmittel ergriffen hat; die Prüfung beschränkt sich hier lediglich auf die Nothwendigkeit und den wahrscheinlichen Erfolg des Rechtsmittels. Dagegen beschränkt sich umgekehrt die Prüfung nur auf die Armuth der Partei, wenn deren Gegner ein Rechtsmittel ergriffen hat und auch diese Prüfung fällt weg und das Armenrecht muß bewilligt werden, wenn die Partei schon im vorigen Rechtszuge zum Armenrechte belassen wurde.

Die Frage, ob die Anschließung als Rechtsmittel nach § 110 zu erachten ist, ist zu verneinen. Anschließung ist eine Berechtigung des Berufungsbeklagten, für diesen ist im zweiten Rechtszuge nicht zu prüfen, ob die Rechtsverfolgung muthwillig ist, somit auch nicht, ob er mit Recht oder Unrecht adhärire. Ueber die Entscheidung des Gesuchs ist § 117 zu vergleichen.

§ 111.

Die Bewilligung des Armenrechts für den Kläger, den Berufungskläger und den Revisionskläger hat zugleich für den Gegner die einstweilige Befreiung von den im § 107 Nr. 1 bezeichneten Kosten zur Folge.

Die Motive zu § 107 bemerken: Die Prozeßordnung von Hannover § 61 Nr. 4, Braunschweig § 145 und Baden § 162 verordnen, daß dem vermögenden Gegner der armen Partei — die Lübecker Prozeßordnung vom 28. April 1862 § 33, daß dem von einer zum Armenrechte zugelassenen Partei Beklagten die Gerichts- und Stempelkosten vorläufig gestundet werden. Der Entwurf hält im Einklange mit andern deutschen Legislationen die Einwirkung des Armenrechts der einen Partei auf die Kostenpflicht des Gegners weder für prinzipiell richtig, noch für ein Gebot der Rechtsgleichheit der Parteien.[1]) Dem entgegen hat die Justizkommission den § 111 auf Antrag des Reichstagsabgeordneten Bähr[2]) geschaffen, der bezweckte, das Armenrecht relativ unschädlich zu machen: Die Kostenfreiheit solle selbstverständlich nur so lange gelten, bis die vermögende Partei in die Kosten verurtheilt sei oder die in die Kosten verurtheilte arme Partei zu Vermögen gelange.[3])

„für den Kläger, den Berufungskläger und den Revisionskläger". Kläger ist selbstverständlich auch der Hauptintervenient, der Restitutions- und Revisionskläger, nicht aber der Widerkläger, auch nicht der Nebenintervenient und Litisdenunciat auf Seite der klagenden Partei, die Zulassung dieser Personen befreit den Gegner nicht von Entrichtung der Prozeßkosten. Dagegen erscheinen der Litisdenunciat und Nebenintervenient, die selbstständig

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 104 Abs. 3.

[2]) Der hiemit einen bei Berathung des hannover'schen Entwurfs gestellten ganz ähnlichen Antrag reproducirte, Prot. z. hann. E. S. 967—971.

[3]) Prot. d. J.K. S. 42. Ebenso selbstverständlich hört aber die Stundung für die vermögliche Partei mit dem Eintritte der Fälle der §§ 112 und 113 auf; im Falle des § 112 ist jedoch abzuwarten, ob die bisher zum Armenrechte belassene Partei nicht die Beschwerde ergreift (§ 118).

Berufung oder Revision ergreifen, als Berufungs- oder Revisionskläger, der Adhärent ist aber nicht als solcher zu betrachten.

„einstweilige Befreiung von den in § 107 Nr. 1 bezeichneten Kosten“. Darunter fallen aber auch die durch Widerklage und die durch die Anschließung an die Berufung oder Revision der armen Partei für den Gegner entstehenden Kosten. Darnach ist auch zu entscheiden, wenn die arme Partei und ihr Prozeßgegner als Berufungs- oder Revisionskläger auftreten. Die Berufung und Revision des Gegners der armen Partei hat für ihn eine Befreiung von den hiedurch entstandenen Kosten in diesem Falle nicht zur Folge, wohl aber tritt eine Befreiung insofern ein, als er als Berufungs- oder Revisions*beklagter* erscheint.

Unter dem *Gegner* der armen Partei ist wohl auch der Nebenintervenient und Litisdenunciat auf Seite des Beklagten, Berufungs- oder Revisionsbeklagten zu verstehen, auch kann es nach dem Grundsatze der Civilprozeßordnung, daß Ausländer und Inländer gleich zu behandeln sind, keinem Zweifel unterliegen, daß auch der Gegner, wenn er Ausländer ist, soweit er im Inlande verklagt werden kann, auf die in § 111 ausgesprochene Befreiung Anspruch hat.

Der § 111 gewährt der armen Partei im Falle des Unterliegens den Vortheil, daß sie dem Gegner die in § 107 Nr. 1 bezeichneten Kosten nicht ersetzen muß, da dieser sie nicht ausgelegt hat.[4]) Zu § 111 ist der als Folge desselben nothwendig gewordene neue Abs. 2 des § 114, über die Nachzahlungspflicht der armen Partei, der nothwendig gewordene Abs. 2 des § 116 zu vergleichen.

§ 112.

Das Armenrecht kann zu jeder Zeit entzogen werden, wenn sich ergiebt, daß eine Voraussetzung der Bewilligung nicht vorhanden war oder nicht mehr vorhanden ist.

---

[4]) Vergl. die Bemerkungen zu § 87 unter „insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten.“

Das Recht der Entziehung erstreckt sich nicht nur auf das Instanzgericht, welches das Armenrecht bewilligt hat, ohne Rücksicht, ob dies in der ersten oder einer höheren Instanz geschah, sondern auf jedes höhere Gericht, das mit dem Prozesse zur Zeit des Wegfalls einer Voraussetzung des Armenrechts beschäftigt ist.[1]) Diese Stelle aus den Motiven läßt die Frage offen und scheint sie zu verneinen, ob auch das Untergericht das Armenrecht auf Grund des § 112 entziehen kann, wenn dieses von einem Obergerichte bewilligt wurde, die Sache aber z. B. nach Verwerfung einer prozeßhindernden Einrede in der oberen Instanz, sich wieder im ersten Rechtszuge befindet. Da gegen die Entziehung das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet (§ 118), ist die Frage unbedenklich zu bejahen.

„kann — entzogen werden". Das Gericht ist also nicht verpflichtet, dies sofort zu thun,[2]) wenn sich herausstellt, daß die Partei bei Zulassung zum Armenrechte nicht arm war oder inzwischen vermögend geworden ist; für die Nachzahlung haftet die Partei, die schon bei Zulassung zum Armenrechte im Stande war, die Prozeßkosten zu tragen, immer nach § 116, auch ohne Entziehung des Armenrechts.[3])

„zu jeder Zeit" d. h. im Laufe des Prozesses vor Beendigung desselben,[4]) nicht aber nach dieser. Da kann nur § 116 wegen Nachzahlung angewendet werden. Die Entziehung des Armenrechts hat aber, auch wenn sich das Gericht überzeugt, daß die Partei schon zur Zeit der Zulassung zum Armenrechte so vermögend war, um die Prozeßkosten zu tragen, an und für

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 108.

[2]) Wie Seuffert, C.P.O. zu § 112 Nr. 1 behauptet.

[3]) Jedes Gericht wird aber gut daran thun, von § 112 Gebrauch zu machen, wenn es sich von dem offenbaren Prozeßmuthwillen der Partei, der oft erst im Laufe des Prozesses klar werden wird, überzeugt, um von diesem Zeitpunkt an die Stundung zu beseitigen.

[4]) D. h. die Zwangsvollstreckung mit eingeschlossen, auch wenn es Seitens des Prozeßrichters der ersten Instanz für die Zwangsvollstreckung besonders bewilligt war, weil das Armenrecht erst in höherer Instanz ertheilt wurde.

sich nicht die Folge, daß die Partei sofort Nachzahlung leisten muß, hiezu gehört noch der Ausspruch nach § 116.

Die Anregung zur Entziehung des Armenrechts kann daher auch jederzeit erfolgen, durch die Gegenpartei oder durch einen Dritten (Gerichtsvollzieher, Rechtsanwalt, Beistand einer Partei),[5]) es bedarf einer Anregung aber nicht, wenn das Gericht selbst die nothwendige Wahrnehmung macht.

„eine Voraussetzung der Bewilligung" d. h. daß die Partei nicht im Stande ist, die Kosten des Prozesses zu bestreiten oder daß der Prozeß der armen Partei nicht muthwillig oder aussichtslos ist.

§ 113.

Das Armenrecht erlischt mit dem Tode der Person, welcher es bewilligt ist.

Das Armenrecht ist als höchst persönliches Recht nur für diejenige Person gültig, der es ertheilt wurde und geht nicht auf die Erben über. Das hat aber die Folge, daß auch die Erben nicht zur Nachzahlung (§ 116) verpflichtet sind, wenn sie selbst im Stande gewesen wären, ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie nothwendigen Unterhalts die Prozeßkosten zu tragen. Nur dann wird eine Nachzahlung von den Erben verlangt werden können, wenn die Voraussetzung des § 116 schon bei Lebzeiten des Erblassers für diesen vorhanden war.

§ 114.

Die Gerichtskosten, von deren Berichtigung die arme Partei einstweilen befreit ist, können von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner nach Maßgabe der für die Beitreibung rückständigen Gerichtskosten geltenden Vorschriften eingezogen werden.

Die Gerichtskosten, von deren Berichtigung der Gegner der armen Partei einstweilen befreit ist, sind von demselben einzuziehen, soweit er in die Prozeßkosten verurtheilt oder der Rechtsstreit ohne Urtheil über die Kosten beendigt ist.

---

[5]) Auch der Fiskus kann die Entziehung des Armenrechts anregen.

„Die Gerichtskosten — können eingezogen werden". Hier sind die eigentlichen Gerichtskosten den Prozeßkosten im Allgemeinen gegenüber gestellt. Die Finanzbehörden können diejenigen Gerichtskosten die der armen Partei gestundet wurden, Taxen, Sporteln, bezahlte Zeugengebühren u. drgl. von dem zur Zahlung der Kosten verurtheilten Gegner der armen Partei einziehen, nicht aber die arme Partei selbst, da sie nur ihre eignen Kosten ersetzt verlangen kann. Auch die nach § 111 dem Gegner der armen Partei gestundeten Kosten sind selbstverständlich bei Verurtheilung desselben zur Kostentragung beizutreiben. Auf die Gerichtskosten, die der Gegner der armen Partei auch während des Prozesses zahlen muß äußert dagegen der § keinen Einfluß. Hier richtet sich die sofortige Einziehung derselben nach den betreffenden Vorschriften für die Gerichts- und Finanzbehörden.

„in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner" selbstverständlich ist hierunter wie in Abs. 1 zu verstehen, soweit er verurtheilt ist (§ 88). Bei erkannter Kompensation der Kosten sind aber die Gerichtskosten die der Gegner der armen Partei nach Art. 111 nicht gezahlt hat, aber ohne § 111 hätte selbst zahlen müssen, einzuheben.

„Die Gerichtskosten von deren Berichtigung". Der Absatz 2 des § war im Entwurfe nicht enthalten, wurde aber als Folge des § 111 beigefügt, damit der Gegner der armen Partei, der einstweilen von den Kosten befreit sei, die Staatskasse dadurch nicht beeinträchtigen könne, daß er sich unter der Hand mit der armen Partei vergleiche und den Streit liegen lasse. Es wurde hiebei unter Zustimmung eines Vertreters des Bundesraths bemerkt, die reiche Partei sei aufzufordern, nachzuweisen, daß der Prozeß weiter geführt werde bezw. sich hierüber zu erklären; erkläre sie, daß der Prozeß liegen bleiben solle, so trete die Bestimmung in Kraft.[1])

Die arme Partei kann sich wohl mit dem Gegner vergleichen, daß sie dessen Kosten übernehme, ein solcher Vergleich ändert aber an der Berechtigung der Finanzstellen zur Einziehung

---

[1]) Prot. der J.K. S. 524.

der dem Gegner gestundeten Kosten nichts, dieser muß die Kosten zahlen und ihm überlassen bleiben, zu suchen, wie er sie von der armen Partei ersetzt erhält. In welcher Weise die Gerichtskosten einzuziehen sind, hat die Civilprozeßordnung nicht zu regeln und hat auch nicht den Ausspruch zu erlassen, daß sie eingezogen werden können. Schon die Voraussetzungen des § 114 ermächtigen hiezu, es ist nicht einmal eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urtheils zu ertheilen, denn § 98 Abs. 1 besteht für die Partei[2]) wegen ihrer Prozeßkosten aber nicht für die Finanzbehörden wegen Gerichtskosten, welche die Gebührenordnung (und nicht das Prozeßgericht) regulirt.

§ 115.

Die für die arme Partei bestellten Gerichtsvollzieher und Rechtsanwälte sind berechtigt, ihre Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner beizutreiben.

Eine Einrede aus der Person der armen Partei ist nur insoweit zulässig, als die Aufrechnung von Kosten verlangt wird, welche nach der in demselben Rechtsstreite über die Kosten erlassenen Entscheidung von der armen Partei zu erstatten sind.

Der gleiche § 90 Abs. 2, 3 des hann. Entwurfs hat noch die Bestimmung aufgenommen „kraft selbstständigen Rechts" § 180 Abs. 2 des norbd. Entw. „kraft eigenen Rechts" unter welchen Worten man sich nichts Anderes dachte als die in der Distraktion der Kosten liegende Fiktion der Cession.[1])

Von gleicher Anschauung geht auch ohne die angeführte Bestimmung der § 115 aus. Die Motive bemerken: Zur Sicherung der den Armen bestellten Gerichtsvollzieher und Anwälte sind dieselben o h n e C e s s i o n zur unmittelbaren Einziehung der Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner mit der in Abs. 2 ausgedrückten nothwendigen Beschränk-

---

[2]) Trotz Zulassung zum Armenrechte kann sie Kosten gehabt haben, wenn sie z. B. statt des ihr aufgestellten Armenanwalts einen andern Anwalt annahm und honorirte.

[1]) Prot. z. hann. E. S. 990.

ung für berechtigt erklärt. Der § 115 setzt aber, wohl bemerkt, eine Verurtheilung des Gegners der armen Partei zur Kostentragung voraus, tritt also nicht ein, wenn sich die Parteien über die Kosten verglichen haben.

„Die für die arme Partei bestellten." Das Vorrecht des § 115 bezieht sich nicht auf Rechtsanwälte und Gerichtsvollzieher einer zum Armenrechte zugelassenen Partei, die sie selbst erwählt und bevollmächtigt hat, wenn sie z. B. neben ihrem Offizialprozeßbevollmächtigten noch andere Bevollmächtigte (§ 80) aufstellt, auch nicht auf im Parteiprozesse von der armen Partei aufgestellte Prozeßbevollmächtigte. Diesen selbst erwählten Personen steht aber das Recht zu, gegen die eigene Partei ihre Forderung ohne Rücksicht auf deren Zulassung zum Armenrechte geltend zu machen, soferne ihnen nicht deren Vertretung im Turnus angerechnet wird.[2]) In diesem Falle sind sie für die Partei bestellt und haben die in § 115 ausgesprochene Berechtigung.

„beizutreiben" durch diesen Ausdruck deutet der § an, daß die in demselben bezeichneten Personen sich des in § 98 bezeichneten Verfahrens bedienen können. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, daß sie ihre Gebühren auch einklagen, aber für diese Klagen besteht nicht der Gerichtsstand des § 34.[3])

„Eine Einrede aus der Person der armen Partei". Aus der Bestimmung des Abs. 2 ergiebt sich, daß nur die Einrede der Kompensation von Kosten aus demselben Rechtsstreit gegenüber der Forderung der Gerichtsvollzieher und Anwälte zulässig ist, wenn auch die arme Partei zur Erstattung von Kosten an den Gegner verurtheilt wurde. Dahin gehören die Fälle der §§ 88, 90—92 Abs. 2.

Die Einrede der Kompensation aus anderen Forderungen an die arme Partei ist ausgeschlossen.

---

[2]) Was aber nur im Anwaltsprozesse zulässig ist.

[3]) Vgl. S. 220. Auch in § 90 Abs. 2 des hann. Entwurfs, der den Gerichtsstand des § 34 nicht kennt, findet sich die Bestimmung „nach Vorschrift der §§ 72—75 (von denen § 72 im Wesentlichen unserm § 98 entspricht) beizutreiben."

Bei Berathung des § 90 des hannover'schen Entwurfs war man allgemein einverstanden, daß die Einrede der Zahlung an die arme Partei ausgeschlossen sei.[4])

§ 116.

Die zum Armenrechte zugelassene Partei ist zur Nachzahlung der Beträge, von deren Berichtigung sie einstweilen befreit war, verpflichtet, sobald sie ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie nothwendigen Unterhalts dazu im Stande ist.

Dasselbe gilt in Betreff derjenigen Beträge, von deren Berichtigung der Gegner einstweilen befreit war, soweit die arme Partei in die Prozeßkosten verurtheilt ist.

Die Motive bemerken hiezu lediglich: „Die nothwendige Ergänzung des § 107 bildet die mittelst § 116 ausgedrückte Pflicht der zum Armenrechte zugelassenen Partei, die gestundeten Beträge nachzuzahlen, sobald sie im Sinne des § 107 nicht mehr arm ist". Wer aber beurtheilt dies?

Der § 91 Absatz 2 des hann. Entwurfs bestimmte hiefür das Prozeßgericht erster Instanz, und das ist wohl auch das allein Richtige, wenn die Nachzahlung nach beendigtem Prozeß zu erfolgen hat, während die Nachzahlung im Laufe des Prozesses von der Instanz, in welcher der Prozeß sich befindet, zu verfügen ist. Vorausgesetzt wird aber im letzteren Falle selbstverständlich, daß das Armenrecht entzogen wurde.

„zur Nachzahlung der Beträge". Die Civilprozeßordnung unterscheidet zwischen Entziehung des Armenrechts und Verpflichtung zur Nachzahlung der Beträge[1]) und mußte dies thun, weil die Bewilligung nicht nur von der Vermögenslosigkeit der Partei, sondern auch dem Mangel des Streitmuthwillens abhängt. Die Anordnung der Nachzahlung und die Entziehung des Armenrechts wegen Mangels der Vermögenslosigkeit sind aber in ihren Folgen nicht gleich, der Unterschied besteht darin, daß, wie schon zu § 112

---

[4]) Prot. z. hann. E. a. a. O.

[1]) § 118 „entzogen oder die Nachzahlung angeordnet wird".

erwähnt, die Entziehung des Armenrechts, weil die Voraussetzung der Vermögenslosigkeit der Partei nicht mehr vorhanden ist oder zur Zeit der Ertheilung nicht vorhanden war, zur Nachzahlung der bis dahin gestundeten Beträge nicht verpflichtet, wohl aber die Anordnung der Nachzahlung nach § 116.

Der § 116 begreift nicht blos den Fall der Verurtheilung der armen Partei zur Kostentragung, sondern auch die Fälle, daß der Prozeß liegen geblieben oder durch Vergleich beendigt worden ist. Die Nachzahlung können ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses Alle verlangen, welche auf die gestundeten Beträge Ansprüche haben, also die Finanzbehörden, die Gerichtsvollzieher, die Rechtsanwälte, denen aber im Falle des Widerspruchs obliegt, nachzuweisen, daß die Voraussetzung des § 116 vorhanden ist.

„so bald sie — dazu im Stande ist". Hieraus folgt, daß die Nachzahlung zu jeder Zeit gefordert werden kann, wenn nur die Voraussetzung des § 116 vorliegt, im Laufe des Prozesses wie auch nach Beendigung desselben.

„Dasselbe gilt in Betreff derjenigen Beträge". Der Abs. 2 des § enthält eine Wiederholung des zu § 114 beschlossenen Abs. 2 und ist wieder eine Folge des § 111.[2])

Der § läßt die Frage unberührt, ob und von wem aus eine Anregung zur Anordnung der Nachzahlung erfolgen muß. Deshalb kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß auch ohne Antrag das Gericht von Amtswegen die Nachzahlung anordnen kann.

Ein Ausspruch über die Verpflichtung zur Nachzahlung ist aber überhaupt nur nothwendig, wenn die arme Partei zur Tragung der Kosten oder eines Theils derselben verurtheilt wurde, da im entgegengesetzten Falle die §§ 114, 115 jeden Ausspruch überflüssig machen und nur bei dem Liegenlassen des Prozesses oder Beendigung desselben durch Vergleich ein solcher Ausspruch für die in § 115 aufgeführten Personen erforderlich erscheint, damit diese ihre Gebühren erhalten können. Nur dann wird auch in den Fällen der §§ 114, 115 ein Ausspruch über die Verpflichtung

---

[2]) Prot. der J.K. S. 524.

zur Nachzahlung nicht immer überflüssig sein, wenn von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner kein oder kein vollständiger Ersatz zu bekommen war. Es besteht hier kein Grund, die zu Vermögen gelangte Partei zum Nachzahlen der ihr gestundeten Beträge anzuhalten, sie steht in demselben Verhältniß wie jede andere vermögliche Partei, welche trotz gewonnenen Prozesses zum Ersatz ihrer Kosten nicht gelangen kann.

Ueber die Verpflichtung der Erben der armen Partei sind die Bemerkungen zu § 113 zu vergleichen.

§ 117.

Ueber das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts, über die Entziehung desselben und über die Verpflichtung zur Nachzahlung der Beträge, von deren Berichtigung die zum Armenrechte zugelassene Partei oder der Gegner einstweilen befreit ist, kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden.

Der § 117 bestimmt das zu beobachtende Verfahren, enthält aber, wie erwähnt, keine Bestimmung darüber, welches Gericht die Anordnung zur Nachzahlung der Beträge zu treffen habe.[1])

„ohne vorgängige mündliche Verhandlung". Diese wird selten nothwendig werden; denn der Gegner der armen Partei wird, wenn dieser kein Prozeßmuthwille zur Last fällt, gegen die Ertheilung des Armenrechts, die ihm selbst nur Vortheile bietet (§ 111), nichts erinnern. Den Gegner der armen Partei zu hören ist, selbst wenn im Laufe des Prozesses eine Anordnung zur Nachzahlung getroffen wird, nicht nothwendig, aber der zur Nachzahlung Verpflichtete ist immer zu hören, was auch durch Aufforderung zur Abgabe einer schriftlichen Erklärung erfolgen kann. Auch wenn der Gegner der armen Partei die Vermögenslosigkeit der letzteren darthun will, ist nicht zwischen ihm und der armen Partei zu verhandeln, er kommt nur als Denunciant in Betracht. Auch bei Streitmuthwillen ist er nicht Kontradiktor, sonst würde die Verhandlung über den materiellen Grund von

---

[1]) Vergl. zu § 116.

Klage oder Einrede größtentheils aus dem eigentlichen Prozesse in die Vorfrage wegen Zulassung zum Armenrechte verlegt werden.

Denkbar sind dagegen Verhandlungen zwischen dem Vertreter des Fiskus, dem Anwalte der zum Armenrechte zugelassenen Partei und dieser, wenn Erstere wegen eingetretener Vermöglichkeit Nachzahlung verlangen und Letztere diese Thatsache bestreitet.

§ 118.

Gegen den Beschluß, durch welchen das Armenrecht bewilligt wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, durch welchen das Armenrecht verweigert oder entzogen oder die Nachzahlung der Kosten angeordnet wird, findet die Beschwerde statt.

Wenn das Armenrecht dem Kläger vor Erhebung der Klage bewilligt wird, besteht noch gar kein Gegner, der Beschwerde erheben könnte, aber auch in den übrigen Fällen ist der Ausschluß eines Rechtsmittels gegen den Beschluß auf Bewilligung des Armenrechts sachlich begründet, weil nach Inhalt der §§ 108, 111, 115 der Gegner ein Interesse zur Erhebung einer solchen Beschwerde nicht hat.[1])

„gegen den Beschluß — findet die Beschwerde statt"[2]), natürlich nur auf Seite desjenigen, dem das Armenrecht verweigert oder entzogen oder die Nachzahlung angesonnen wird, was im Falle des § 114 Abs. 2 der Gegner der armen Partei ist, nicht auch seines Gegners. Dagegen kann dieser sich unzweifelhaft an das Gericht wenden, um nachzuweisen, daß die Voraussetzungen zur Ertheilung des Armenrechts fehlen oder aufgehört haben.[3])

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 114.

[2]) Ueber Beschwerde vergl. §§ 530 ff.

[3]) Prot. z. hann. E. S. 987—988. Vergl. auch § 112 S. 477.

Dritter Abschnitt.

Verfahren.

Erster Titel.

Mündliche Verhandlung.

§ 119.

Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Richter ist eine mündliche.

In der allgemeinen Begründung des Entwurfs der Civilprozeßordnung § 4 wird bemerkt:

Mündlichkeit des Verfahrens ist ein zwar häufiger, aber inkorrekter Ausdruck. Man spricht richtiger von dem Grundsatze der Unmittelbarkeit der Verhandlung und versteht darunter, daß die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte eine mündliche sein soll.[1])

Aus dieser Formulirung ergiebt sich, daß der Grundsatz der Mündlichkeit ebenso wenig wie der Grundsatz der Oeffentlichkeit das ganze Prozeßverfahren beherrscht. Er hat seine Bedeutung für den freilich erheblichsten, aber doch beschränkten Theil des Verfahrens.

Nach der obigen Formulirung findet der Grundsatz keine Anwendung auf Zwischenstreitigkeiten,[2]) welche zwischen einer Partei oder auch beiden Parteien einerseits und einer dritten Person, dem Nebenintervenienten, einem Zeugen oder dem Rechtsanwalt der Gegenpartei andererseits entstehen. Soll der Grundsatz auch auf derartige Zwischenstreitigkeiten Anwendung finden, was sich ohne Zweifel empfiehlt, so wird der Gesetzgeber besonders vorzuschreiben haben, daß dieselben nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zu entscheiden seien.

---

[1]) Der dritte Abschnitt, also auch der erste Titel, über die mündliche Verhandlung fällt unter die allgemeinen Bestimmungen und gilt für alle Instanzen im Gegensatze zu dem im zweiten Buche geregelten besonderen Prozeßbestimmungen.

[2]) Vergl. hierüber die Bemerk. zu § 123.

Die Beweisaufnahme als solche, insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, ist ein Akt, welcher sich zwischen dem Richter und einer andern Person vollzieht, keine Parteienverhandlung, wenngleich den Parteien eine Mitwirkung gestattet sein und eine Parteienverhandlung die Beweisaufnahme begleiten kann. Damit wird aber selbstverständlich nicht verneint, daß die Beweisaufnahme, insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, vor den zur Entscheidung des Rechtsstreits berufenen Richtern durch die gewichtigsten sachlichen Gründe geboten werde.

Es giebt Prozeßakte, welche von Partei zu Partei mit oder ohne Mitwirkung von Zustellungsbeamten erfolgen oder auf Veranlassung der Parteien von den Gerichtsschreibern oder Zustellungsbeamten ausgehen. Selbstverständlich kann hier von dem Grundsatze der Mündlichkeit keine Rede sein. — Ein Gleiches gilt aber auch in den Fällen, wo Parteien eine Thätigkeit des Gerichts in Anspruch nehmen, welche, wie insbesondere in der Instanz der Zwangsvollstreckung mehr ordnend, administrativ, nicht eigentlich prozessualisch ist.

Selbst in denjenigen Fällen ist für den Grundsatz der Mündlichkeit kein Raum, wo eine richterliche Entscheidung auf Antrag einer Partei zu treffen ist, oder doch getroffen werden kann. Dahin gehören beispielsweise Arreste und einstweilige Verfügungen, die Ablehnung eines Richters und die Bestimmung des rechten Richters. In derartigen Fällen wird der Gesetzgeber, um die richtige Anwendung der Gesetze zu sichern, auszusprechen haben, daß die Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen könne, wodurch nicht ausgeschlossen wird, daß das Gericht nach Lage des einzelnen Falls entweder der Gegenpartei Gelegenheit giebt, sich zu Protokoll oder mittelst eines Schriftsatzes zu erklären, oder erst entscheidet, nachdem eine mündliche Verhandlung ausnahmsweise angeordnet worden ist. Dagegen dürfte es sich nicht empfehlen, von einer Entscheidung in berathender Sitzung zu sprechen, weil dieser technische Ausdruck nicht gemeinverständlich ist, und, auf einen Einzelrichter angewandt, als gänzlich unpassend empfunden werden muß.

Demgemäß bleibt, als durch den Grundsatz der Mündlichkeit beherrscht, nur dasjenige Parteiverfahren übrig, welches als ein gleichzeitiges sich darstellt, mag dasselbe nun wirklich gleichzeitig sein oder nach der Intention des Gesetzes gleichzeitig sein sollen (Versäumnißverfahren). Diesen Gedanken kann man auch so ausdrücken: Dasjenige Verfahren, welches als eigentliche Verhandlung zwischen den streitenden Parteien sich charakterisirt, beruht auf dem Grundsatze der Mündlichkeit.

Auch die Verletzung des Prinzips der Mündlichkeit involvirt eine Gesetzesverletzung und kann als Basis der Revision dienen, wenn auch eine besondere Bestimmung hierüber in § 513 nicht aufgenommen ist. Eine Entscheidung, für welche vorgängige mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist, unterliegt der Revision, wenn sie ohne solche erlassen wurde.[3])

Zu § 119 bestimmt § 170 des Gerichtsverfassungsgesetzes:

„Die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, einschließlich der Verkündung der Urtheile und Beschlüsse desselben, erfolgt öffentlich“.

In den Motiven hiezu wird bemerkt: Ueberall in Deutschland, wo das mündliche Verfahren das schriftliche verdrängt hat, ist die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte eine öffentliche geworden. Jedermann aus dem Publikum soll Zutritt haben zu den Gerichtssälen, in denen die Gerichte Recht sprechen.[4]) Es liegt kein Grund vor, diese Oeffentlichkeit im Verhältnisse zum Publikum auf die außerhalb der Sitzungen der erkennenden Gerichte stattfindenden Verhandlungen auszudehnen.[5]) Aber auch die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte ist nicht unbedingt eine öffentliche. Hieher gehören folgende Bestimmungen:

„In Ehesachen ist die Oeffentlichkeit auszuschließen, wenn eine der Parteien es beantragt“. (G.V.G. § 171.)

---

[3]) Bes. Begr. d. E. zu § 489. Abs. 3.

[4]) Die §§ 116—118 des hannover'schen Entwurfs und §§ 296—301 des norddeutschen Entwurfs haben die Bestimmungen über Oeffentlichkeit und deren Beschränkung aufgenommen. Sie wurden als für die Strafprozeßordnung gleichfalls gültig, in das Gerichtsverfassungsgesetz verwiesen. Einleitung S. 3.

[5]) Bes. Begr. d. E. d. G.V.G. zu § 139.

„In Ehesachen". Was Ehesachen sind, bestimmt § 568 der Civilprozeßordnung.

„wenn eine der Parteien es beantragt". Diesen Zusatz hat der Entwurf des §, der sich lediglich als Abs. 2 in § 140 des Entwurfs des G.V.G. vorfindet, nicht. Er wurde von der Justizkommission trotz vieler dagegen geltend gemachten Bedenken aufgenommen.[6])

„eine der Parteien". Zu den Parteien gehört hier auch der Staatsanwalt. (§§ 569, 579, 586, 590, 591 der C.P.O.)

In dem auf die Klage wegen Anfechtung oder Wiederaufhebung der Entmündigung einer Person wegen Geisteskrankheit eingeleiteten Verfahren (§§ 605, 620 **der Civilprozeßordnung**) **ist die Oeffentlichkeit während der Vernehmung des Entmündigten auszuschließen, auch kann auf Antrag einer der Parteien die Oeffentlichkeit der Verhandlung überhaupt ausgeschlossen werden.**

Das Verfahren wegen Entmündigung oder Wiederaufhebung der Entmündigung (§§ 593—604, 616—619 **der Civilprozeßordnung**) **ist nicht öffentlich.** (G.V.G. § 172.)

Der § 172 des G.V.G. findet sich im Entwurfe nicht. Man wollte mit demselben bezwecken, daß die geheimsten Familienverhältnisse, die ohnedies ohne öffentliches Interesse sind, nicht in der Oeffentlichkeit besprochen werden.[7])

„oder Wiederaufhebung der Entmündigung". Ueber die Klage auf Aufhebung der Entmündigung und den Antrag auf Aufhebung der Entmündigung sind die Bemerkungen zu §§ 605, 616 zu vergleichen.

„wegen Geisteskrankheit". Hiedurch ist die analoge Anwendung für § 621 der Civilprozeßordnung ausgeschlossen.

„während der Vernehmung des Entmündigten" d. i. im Falle der §§ 612, 617. Der zu Entmündigende ist nach Abs. 2 § 172 des G.V.G. ohnedies nie öffentlich zu vernehmen.

---

[6]) Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 19 ff.

[7]) Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 21 ff. 683.

„auf Antrag einer der Parteien“. Auch hier ist der Staatsanwalt Partei. (§§ 595, 597 Abs. 3, 602, 604, 607, 614, 616, 619, 620).

„die Oeffentlichkeit der Verhandlung überhaupt“. Damit ist die Verhandlung auf die Klage wegen Anfechtung der Wiederaufhebung der Entmündigung gemeint.[8])

„Das Verfahren wegen Entmündigung“. Auch Absatz 2 des § bezieht sich nur auf die Entmündigung wegen Geisteskrankheit, wie aus der Allegation der §§ 597—604 und 616—619 der C.P.O. deutlich hervorgeht. Das Verfahren wegen Entmündigung eines Verschwenders ist öffentlich.

In allen Sachen kann durch das Gericht für die Verhandlung oder für einen Theil derselben die Oeffentlichkeit ausgeschlossen werden, wenn sie eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit besorgen läßt. (G.V.G. § 173.)

Das Ermessen der Besorgniß ist dem Gerichte überlassen.[9]) Daß dieser § auch auf „Ehesachen“ anzuwenden ist, läßt sich nicht bestreiten,[10]) auch bei der Entmündigung wegen Verschwendung wird er Platz greifen.

Die Verkündung des Urtheils erfolgt in jedem Falle öffentlich. (G.V.G. § 174.)

Der Entwurf wollte auch bei Verkündung der Urtheile die Ausschließung der Oeffentlichkeit ermöglichen, da auch hier Anstößigkeiten nicht zu vermeiden seien,[11]) die Justizkommission schuf aber trotz des hartnäckigsten Widerstands des Bundesraths den

---

[8]) Anträge, die Oeffentlichkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten überhaupt ausschließen zu müssen oder zu können, wenn die Parteien es übereinstimmend beantragen, wurden von der Justizkommission abgelehnt. Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 27 ff.

[9]) Bes. Begr. d. E. d. G.V.G. zu § 140.

[10]) Reichstagsabgeordneter Grimm bemerkte ohne Widerspruch von irgend einer Seite, selbstverständlich sei, daß in Ehesachen die Anwendung des § 173 nicht ausgeschlossen sei. Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 23. Derselben Ansicht war man bei Berathung des nordd. Entw. Prot. z. nordd. E. S. 266 a. E.

[11]) Bes. Begr. d. E. d. G.V.G. zu § 140.

§ 174, indem die Majorität von der Aussicht ausging, daß für die Urtheilspublikation die Oeffentlichkeit unter allen Umständen beizubehalten sei und ein vernünftiger Richter die Entscheidungsgründe so zu fassen verstehen werde, daß das Sittlichkeitsgefühl dadurch nicht verletzt werde.[12])

Es ist übrigens zu bemerken, daß der § entgegen dem § 170 des G.V.G. nur von „Urtheilen", nicht auch von „Beschlüssen" spricht. Letztere müssen nicht immer öffentlich publicirt werden, auch wenn ihnen eine mündliche Verhandlung vorausging.[13])

Ueber die Ausschließung der Oeffentlichkeit wird in nicht öffentlicher Sitzung verhandelt.

Der Beschluß, welcher die Oeffentlichkeit ausschließt, muß öffentlich verkündigt werden. (G.V.G. § 175.)

„in nicht öffentlicher Sitzung" ist gebraucht statt „berathender Sitzung"[14]), wie auch schon andere Prozeßgesetze dafür des Ausdrucks „geheimer Sitzung" sich bedienen.

Der Zutritt zu öffentlichen Verhandlungen kann unerwachsenen und solchen Personen versagt werden, welche sich nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte befinden, oder welche in einer der Würde des Gerichts nicht entsprechenden Weise erscheinen.

Zu nicht öffentlichen Verhandlungen kann der Zutritt einzelnen Personen von dem Vorsitzenden gestattet werden. G.V.G. § 176.

„kann — versagt werden". Von wem, sagt der § nicht, nur kann nach Abs. 2 der Vorsitzende den Zutritt gestatten. Da der Vorsitzende in Abs. 1 nicht aufgeführt ist, gehört zur Versagung des Zutritts, abgesehen von amtsrichterlichen Verhandlungen,

---

[12]) Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 19, 28, 681. Prot. d. 170. Sitzg. S. 15.

[13]) Z. B. Beweisbeschlüsse, wenn wegen Entschädigung aus außerehelichem Beischlafe oder erlittener Nothzucht geklagt wurde und der Beschluß das Sittlichkeitsgefühl verletzt. Vergl. hiezu Abs. 2 des folgenden § 175 des G.V.G.

[14]) Vrgl. Eingangs die Bemerkungen aus der allgemeinen Begründung S. 486 a. E.

bei denen Vorsitzender und Gericht zusammenfallen, Gerichtsbeschluß. Abs. 1 enthält nur eine Ausnahme von § 170 des G.V.G.

Ein beantragter Zusatz zu Absatz 2 „jedoch nur mit Zustimmung der Parteien" und ein weiterer „den bei dem Gerichte angestellten Richtern und zugelassenen Anwälten steht der Zutritt stets offen" wurde von der Justizkommission abgelehnt, da der Vorsitzende solchen Personen regelmäßig den Zutritt gestatten werde und es unnöthig erscheine, den Richter an die Zustimmung der Parteien zu binden.[15]) Die Verletzung der Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Verfahrens bildet einen Grund zur Revision (§ 513 Nr. 6).

Die mündliche Verhandlung ist in deutscher Sprache zu führen.

§ 186 des G.V.G. bestimmt:

„Die Gerichtssprache ist die deutsche".

Aber auch hier treten Ausnahmsbestimmungen ein. Eine solche liegt in § 12 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze:

„Die für Elsaß-Lothringen geltenden Bestimmungen über die Gerichtssprache werden durch die Vorschrift des § 186 des Gerichtsverfassungsgesetzes nicht berührt".

Weiter sind nachfolgende Bestimmungen anzuführen:

Wird unter Betheiligung von Personen verhandelt, welche der deutschen Sprache nicht mächtig sind, so ist ein Dolmetscher zuzuziehen. Die Führung eines Nebenprotokolls in der fremden Sprache findet nicht statt; jedoch sollen Aussagen und Erklärungen in fremder Sprache, wenn und soweit der Richter dieß mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der Sache für erforderlich erachtet, auch in der fremden Sprache in das Protokoll oder in eine Anlage niedergeschrieben werden. In den dazu geeigneten Fällen soll dem Protokolle eine durch den Dolmetscher zu beglaubigende Uebersetzung beigefügt werden.

---

[15]) Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 28—29. Die §§ 177—185 des G.V.G. enthalten Bestimmungen über die Aufrechthaltung der Ordnung und das Verfahren bei Zuwiderhandeln gegen diese und können als überflüssig für die eigentliche Procedur hier übergangen werden.

Die Zuziehung eines Dolmetschers kann unterbleiben, wenn die betheiligten Personen sämmtlich der fremden Sprache mächtig sind. (G.V.G. § 187.)

Die Motive bemerken hiezu: Wenn § 187 die Zuziehung eines Dolmetschers als Regel vorschreibt, so ist hiedurch die Heranziehung einer Mehrheit von Uebersetzern in wichtigen Fällen, in denen das Gericht eine solche für zweckmäßig erachtet, nicht ausgeschlossen, aber es ist zur Genüge ausgedrückt, daß es einer solchen Mehrheit in keinem Falle bedürfen soll, und daß die Betheiligten die Zuziehung einer Mehrheit von Dolmetschern als ein Recht nicht verlangen können.[16]) Der Entwurf hatte als Satz 2 die Bestimmung: Der Aufnahme eines Protokolls in der fremden Sprache bedarf es nicht. Die weitere Bestimmung des § „jedoch sollen — niedergeschrieben werden" fehlt im Entwurfe.

„in das Protokoll oder einer Anlage niedergeschrieben werden". Das Protokoll hat aber der Gerichtsschreiber zu schreiben, es kann also die Bestimmung nur Platz greifen, wenn der Gerichtsschreiber selbst der fremden Sprache mächtig ist.[17]) Die beizufügende Uebersetzung dagegen kann von dem Dolmetscher geschrieben werden, der dann die Richtigkeit seines Schriftsatzes beglaubigt. Dieser bildet nur eine Anlage zum Protokolle.[18])

„wenn die betheiligten Personen sämmtlich der fremden Sprache mächtig sind" d. h. nicht nur die Parteien, sondern Richter, Gerichtsschreiber, Prozeßbevollmächtigte, Beistände. Aber auch in diesem Falle ist mit der in Abs. 1 statuirten Ausnahme das Protokoll in deutscher Sprache abzufassen.

Zur Verhandlung mit tauben oder stummen Personen ist, sofern nicht eine schriftliche Verständigung erfolgt, eine Person

---

[16]) Bes. Begr. d. E. d. G.V.G. zu § 150—157.

[17]) Dann bedarf es aber keines Dolmetschers. Vergl. den weiter unten angeführten § 192 des G.V.G.

[18]) Die Motive zu § 156—157 des G.V.G. bemerken: Selbstverständlich bleibt dem Dolmetscher unbenommen, zu seiner eigenen Kontrole die von ihm zu verdolmetschende Erklärung zunächst in der Sprache des Erklärenden niederzuschreiben.

als Dolmetscher zuzuziehen, mit deren Hülfe die Verständigung in anderer Weise erfolgen kann. (G.V.G. § 188.)

Nach dem Entwurfe lautet der Schluß des §: eine der Zeichensprache kundige Person als Dolmetscher zuzuziehen. Die nunmehrige Fassung wurde beliebt, weil nach dem modernen Unterrichte auch Taubstumme, welche nicht hören, deutlich sprechen und die Worte vom Munde eines Andern ablesen könnten, oder wenn einem Taubstummen eine schriftliche Frage vorgelegt werde und er darauf antworte.[19] Aber in allen diesen Fällen ist die Zuziehung eines Dolmetschers nicht erlassen, nur die schriftliche Verständigung befreit davon.

Dolmetscher sind, wo solche nothwendig werden, von Amtswegen beizuziehen, da ein Dolmetscher als Sachverständiger erscheint;[20] deshalb sind auch die desfalls erwachsenden Kosten als nothwendige (§ 87) zu betrachten.

Ob einer Partei, welche taub ist, bei der mündlichen Verhandlung der Vortrag zu gestatten sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen.

Dasselbe gilt in Anwaltsprozessen von einer Partei, die der deutschen Sprache nicht mächtig ist. (G.V.G. § 189.)

„Dasselbe gilt in Anwaltsprozessen". Wird hier der Partei der Vortrag gestattet, so ist selbstverständlich, abgesehen von Abs. 2 des § 187 des Gerichtsverfassungsgesetzes, ein Dolmetscher zuzuziehen.

Personen, welche der deutschen Sprache nicht mächtig sind, leisten Eide in der ihnen geläufigen Sprache. (G.V.G. § 190.)

Natürlich auch unter Zuziehung eines Dolmetschers, wenn solche nicht unterbleiben kann. Ueber die Eidesleistung durch Stumme ist § 445 der C.P.O. zu vergleichen.

Der § bezieht sich auf Partei-Eide und Eide von Zeugen, Sachverständigen.

---

[19]) Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 45—46.

[20]) Bes. Begr. d. E. d. G.V.G. zu §§ 150—157 Abs. 7.

Der Dolmetscher hat einen Eid dahin zu leisten:

daß er treu und gewissenhaft übertragen werde.

Ist der Dolmetscher für Uebertragungen der betreffenden Art im Allgemeinen beeidigt, so genügt die Berufung auf den geleisteten Eid. (G.V.G. § 191.)

Der Dolmetscher ist ein Sachverständiger. Sein Eid entspricht dem Sachverständigeneide mit der Maßgabe, daß darin anstatt der Abgabe eines Gutachtens von Uebertragung die Rede ist.[21])

Der Dienst des Dolmetschers kann von dem Gerichtsschreiber wahrgenommen werden. Einer besonderen Beeidigung bedarf es nicht. (G.V.G. § 192.)

Die Verwendung des Gerichtsschreibers zugleich als Dolmetscher dient zur Vereinfachung des Verfahrens und erscheint, wo häufig mit anders redenden Personen zu verhandeln ist, besonders zweckensprechend. Indem der § den Gerichtsschreiber von besonderer Leistung des Dolmetschereides entbindet, erklärt er für den Fall der Heranziehung des Gerichtsschreibers zum Dolmetscherdienste die treue und gewissenhafte Uebertragung für eine Amtspflicht.[22])

Auf den Dolmetscher finden die Bestimmungen über Ausschließung und Ablehnung der Sachverständigen entsprechende Anwendung. Die Entscheidung erfolgt durch das Gericht oder den Richter, von welchem der Dolmetscher zugezogen ist. (G.V.G. § 193).[23])

Weil, wie erwähnt, der Dolmetscher als Sachverständiger zu betrachten ist, erklärt § 193 des G.V.G. auch die Bestimmungen über Ausschließung und Ablehnung der Sachverständigen auf die Dolmetscher anwendbar.[24])

---

[21]) Bes. Begr. d. E. d. G.V.G. zu § 150—157.

[22]) Bes. Begr. d. E. d. G.V.G. a. a. O.

[23]) Vergl. zu § 371 der C.P.O.

[24]) Bes. Begr. d. E. d. G.V.G. a. a. O.

§ 120.

In Anwaltsprozessen wird die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorbereitet; die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat Rechtsnachtheile in der Sache selbst nicht zur Folge.

In anderen Prozessen können vorbereitende Schriftsätze gewechselt werden.

Die Verpflichtung, die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorzubereiten, besteht nur für Anwaltsprozesse, für den Parteiprozeß ist die Anfertigung von Schriftsätzen nicht angesonnen.

„Die mündliche Verhandlung". Wenn der § vom Anwaltsprozesse spricht, hat er nicht blos die mündliche Verhandlung zur Hauptsache (§ 247) im Sinne. § 120 umfaßt alle vorkommenden mündlichen Verhandlungen, auch die einen Zwischenstreit betreffenden, wie aus der desfallsigen Bestimmung des § 123 klar hervorgeht.

„durch Schriftsätze vorbereitet". Die Civilprozeßordnung denkt hiebei zunächst an die Schriftsätze, die nach der Klagzustellung, Berufung, Revision nothwendig werden, aber nicht immer nothwendig werden müssen. Das zeigen deutlich die Worte „die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat Rechtsnachtheile in der Sache selbst nicht zur Folge", denn eine im Anwaltsprozesse nur mündlich gestellte Klage, eine solche Berufung oder Revision hat Nachtheile in der Sache allerdings zur Folge, sie gelten als nicht erhoben.

Klage, Berufung, Revision bilden selbstständige Schriftsätze, die nur Theile des vorbereitenden Schriftsatzes in sich aufzunehmen haben (§§ 230 Abs. 4, 479, 480, 515, 516) und deshalb zugleich als vorbereitende erscheinen.[1]) Die Klagschrift hat nicht blos einen vorbereitenden, sondern zugleich einen bestimmenden Charakter.[2]) Die vorbereitenden Schriftsätze im Sinne

---

[1]) Auch der norddeutsche Entwurf unterscheidet zwischen vorbereitenden Schriftsätzen und anderen, wozu die Klage gerechnet wird. Vergl. die §§ 184, 188, 189 des nordd. Entw. Prot. z. nordd. E. S. 528.

[2]) Vergl. die Bemerk. zu § 230.

des § 120 können ganz wegfallen; wenn der Beklagte, ohne Einreden vorzubringen, die Klage lediglich ableugnet, ist jeder weitere Schriftsatz überflüssig.

„Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift". Für die mündliche Verhandlung gilt nur das in dieser selbst Vorgebrachte, mag in den vorbereitenden Schriftsätzen auch ein anderes enthalten sein (§ 128 Abs. 3). Konsequenter Weise kann also auch die Unterlassung von vorbereitenden Schriftsätzen keine nachtheiligen Folgen haben.[3]) Wenn also nach der Klagerhebung[4]) keine weiteren vorbereitenden Schriftsätze gewechselt oder solche nicht rechtzeitig mitgetheilt wurden, so hindert dies die mündliche Verhandlung nicht.[5])

Der Satz: Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift u. s. w. bezieht sich aber, wie durch die Einschaltung „in der Sache selbst" ausgedrückt wird, nicht auf die Fälle, in denen das Gesetz die Wirkung einer Prozeßhandlung an die Mittheilung eines Schriftsatzes knüpft, eine Streitverkündung ohne Mittheilung eines Schriftsatzes (§ 70), die Erhebung eines Einspruchs ohne solchen (§ 305) ist wirkungslos. Die Nachtheile, die eine Partei in Folge der Unterlassung von Mittheilung eines vorbereitenden Schriftsatzes treffen können, sind nur „in der Sache selbst" ausgeschlossen, dagegen können die Partei die Kosten einer nothwendig werdenden Terminsverlegung u. dergl. treffen,[6]) allerdings nicht blos deshalb, weil sie, was ihr freisteht, die Einreichung eines vorbereitenden Schriftsatzes unterließ.[7]) Es kann also die Partei alle Angriffs- und Vertheidigungsmittel und Beweisbehelfe bei der mündlichen Verhandlung geltend machen, die sie in einem vorbereitenden Schriftsatze hätte angeben können. Die Partei muß nur im Anwaltsprozesse den sonst im vorbereitenden Schriftsatze

---

[3]) Vergl. die Motive zu § 113 in den Bemerkungen zu diesem.

[4]) Der Inhalt der Klagschrift kann nicht geändert werden, wie der in vorbereitenden Schriftsätzen (§§ 240, 243.)

[5]) Prot. z. hann. E. S. 75—77.

[6]) Vergl. zu § 123. Prot. z. hann. E. S. 64.

[7]) Vergl. die Bemerkungen zu § 121 Nr. 5.

enthaltenen Antrag (nicht aber die Anführung der Einreden 2c.[8]) in einem Schriftsatze nachholen (§ 269).

Nützt die Geltendmachung einer Einrede oder Widerklage in einem vorbereitenden Schriftsatze dem Asserenten? Aus dem Bemerkten muß die Frage verneint werden, hieraus aber folgt, daß durch die Geltendmachung einer Einrede oder einer Widerklage in vorbereitenden Schriftsätzen die Verjährung nicht unterbrochen wird, das geschieht erst durch die Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung (§§ 252, 235).[9])

„In andern Prozessen" ist gleichbedeutend mit „im Parteiprozesse",[10]) da das Verfahren vor Handelsgerichten weggefallen ist. Die Motive bemerken: Für diese Prozesse, in denen ein in mehrfacher Hinsicht abweichendes Verfahren (§ 437 ff.) vorgeschrieben ist, läßt sich ein Bedürfniß zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nicht in gleichem Maße, wie für Anwaltsprozesse, anerkennen.[11]) Die §§ 437 ff. des Entwurfs (§§ 456 ff. des Gesetzes) handeln aber von dem Verfahren vor den Amtsgerichten und den beseitigten Handelsgerichten.

Offenbar unrichtig ist die Behauptung von Puchelt, C.P.O. zu § 120 Nr. 5, daß sich der fakultative Schriftenwechsel auch auf die Fälle des § 74 Abs. 2 beziehe. Nur für den erkennenden Richter bestehen die vorbereitenden Schriftsätze, und auf der Gerichtsschreiberei des erkennenden Gerichts ist eine Abschrift niederzulegen (§ 124).

Im Parteiprozesse ist der Wechsel von vorbereitenden Schriftsätzen gestattet, ein solcher kann von Parteien, welche selbst rechtskundig sind, oder sich von einem rechtskundigen Bevollmächtigten

---

[8]) Vergl. zu § 121 Nr. 2.

[9]) Bezüglich der Widerklage. a. M. Puchelt, C.P.O. zu § 120 Nr. 4 Abs. 1.

[10]) Das Verfahren in Ehescheidungssachen ist immer Anwaltsprozeß (§ 568), das Verfahren in Entmündigungssachen abgesehen von den Bestimmungen der §§ 606, 620 immer Parteiprozeß (§ 594), das Verfahren im Urkunden- und Wechselprozesse je nach der Größe der Forderung, entweder Parteiprozeß oder Anwaltsprozeß.

[11]) Bes. Begr. d. E. zu § 116.

vertreten lassen, gefertigt — auch ohne diese Voraussetzung zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt[12]) und durch dessen Vermittlung zugestellt werden. Er bildet eben eine Ausnahme von der Regel und gegen Mißbrauch der Erlaubniß schützt auch hier § 87 Abs. 1, d. h. es fragt sich, ob ein vorbereitender Schriftsatz zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig war.

Mit der Einreichung des ersten vorbereitenden Schriftsatzes kann die Vollmacht dem Gerichte vorgelegt werden.

„vorbereitende Schriftsätze". Durch diesen technischen Ausdruck gibt der § 120 klar zu erkennen, daß zwischen „vorbereitendem Schriftsatz" und „Schriftsatz" überhaupt, die ja im Gesetze neben einander genannt werden (z. B. § 230 Abs. 1 u. 4) ein wesentlicher Unterschied besteht.

§ 121.

Die vorbereitenden Schriftsätze sollen enthalten:

1. **die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung; die Bezeichnung des Gerichts und des Streitgegenstandes; die Zahl der Anlagen;**
2. **die Anträge, welche die Partei in der Gerichtssitzung zu stellen beabsichtigt;**
3. **die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden thatsächlichen Verhältnisse;**
4. **die Erklärung über die thatsächlichen Behauptungen des Gegners;**
5. **die Bezeichnung der Beweismittel, welcher sich die Partei zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, sowie die Erklärung über die von dem Gegner bezeichneten Beweismittel;**
6. **in Anwaltsprozessen die Unterschrift des Anwalts, in anderen Prozessen die Unterschrift der Partei selbst oder**

---

[12]) Bes. Begr. d. E. zu § 116.

desjenigen, welcher für dieselbe als Bevollmächtigter oder als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt.

„sollen enthalten". Dem Zweck der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung entsprechen die instruktionellen Vorschriften, welche in § 121 gegeben sind.[1]) Die Unterlassung hat also keine weitere Folge in der Sache selbst, ebenso wie die Unterlassung eines vorbereitenden Schriftsatzes überhaupt. Die Motive bemerken weiter: Werden diese Vorschriften befolgt und werden ferner die Schriftsätze so zeitig zugestellt, wie es das Gesetz vorschreibt, so können die Parteien, zum Angriffe und zur Vertheidigung gerüstet, in die mündliche Verhandlung eintreten. Dadurch wird ein geordneter und rascher Verlauf derselben gesichert, und da eine Abschrift der vorbereitenden Schriftsätze auf der Gerichtsschreiberei des Prozeßgerichts vor dem Verhandlungstermin niedergelegt werden muß (§ 124) eine sachgemäße Leitung der Verfahrens ermöglicht. — Damit wollen die Motive den Vorsitzenden verpflichten, sich vor der Verhandlung einer Sache zu informiren.[2]) Die Motive fahren fort: Die Schriftsätze sollen nur eine Skizze des mündlichen Vortrags enthalten. Die Bedeutung derselben, wie sie vom Gesetzgeber gedacht ist, würde völlig verkannt werden,

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 117. Eine auch nur instruktionelle Vorschrift findet sich z. B. in § 230 Abs. 3. Siehe S. 101.

[2]) Das wurde bei Berathung des § in der Justizkommission ausdrücklich anerkannt. Prot. d. J.K. S. 44—45. Vergl. auch Prot. z. hann. E. S. 72. In Bayern hat sich, allerdings entgegen dem Art. 271 Abs. 3 der bayer. P.O. bei vielen Gerichten die Praxis eingebürgert und bei Entscheidung schwieriger Rechtsfragen bewährt, daß die vorbereitenden Schriftsätze einem Gerichtsmitgliede, welches später das Urtheil abfaßt, vor der mündlichen Verhandlung mitgetheilt werden. Die C.P.O. enthält keine Bestimmung, die diesem praktischen Verfahren entgegenstünde. Es wurde zwar von der Justizkommission ein Antrag: Vor der mündlichen Verhandlung sind die Gerichtsakten dem Vorsitzenden und mindestens noch einem andern Gerichtsmitgliede, welches für die Urtheilsfällung Bericht zu erstatten hat, zur Vorbereitung zuzustellen — abgelehnt; allein eine Stimme erklärte das als selbstverständlich, eine andere sah darin eine Rückkehr zum Referatswesen, welche von beiden Ansichten die Ablehnung motivirte, ist nicht ersichtlich. Prot. d. J.K. S. 50. Von einem Referate kann wohl keine Rede sein, da ja nur das in der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte entscheidend ist und dieser jedes Gerichtsmitglied selbst beiwohnte.

wenn in denselben Alles, was in thatsächlicher Beziehung vorgebracht werden kann, ohne Unterschied zwischen wesentlichen und unwesentlichen Thatsachen, aufgenommen und der Sachverhalt nicht in gedrängter Kürze, sondern in ausführlicher Breite dargestellt würde, oder wenn dieselben mit Rechtsörterungen belastet würden.

Die dem hann. Entw. § 121 und der württemb. Prozeßordnung § 182 nachgebildete Bestimmung des nordd. Entwurfs § 190 „auf das im Laufe des Rechtsstreites Vorgebrachte kann in einem späteren vorbereitenden Schriftsatze Bezug genommen werden", ist als selbstverständlich weggelassen, denn der Vorbereitung durch einen Schriftsatz bedarf es nur soweit, als die bevorstehende mündliche Verhandlung noch nicht vorbereitet ist. Letzteres ist der Fall, wenn bereits ein früher mitgetheilter Schriftsatz enthält, was den Gegenstand der mündlichen Verhandlung bilden soll. Es genügt daher die Bezugnahme auf die Contenta des früheren Schriftsatzes in dem späteren.[3])

Zu Nr. 1.

„und ihrer gesetzlichen Vertreter". Diese Worte wurden durch die Redaktionskommission der Justizkommission in Nr. 1 des Entwurfs eingestellt. Nach der Stellung, die diese Worte einnehmen, soll also nicht nur die Partei, sondern wenn diese einen gesetzlichen Vertreter hat, auch Letzterer nach Name, Stand oder Gewerbe und Wohnsitz bezeichnet werden. Diese Bestimmung erstreckt sich auf Gemeinden, Genossenschaften, andere Personenvereine, Handelsgesellschaften, Handelsfirmen (§ 111, 164, 213 des A.D.H.G.) u. s. w. (§ 19). Auch die Behörde, welche berufen ist, den Fiskus in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu vertreten, unterliegt dieser Bezeichnung.

Die Vorlage des hannover'schen Entwurfs hatte hier angeführt:

1) als Rubrik die Bezeichnung u. s. w., was als überflüssig gestrichen wurde.[4]) Da über die Form der vorbereitenden Schrift-

---

[3]) Bes. Begr. d. E. zu § 117.

[4]) Prot. z. hann. E. S. 66.

sätze im Gesetze nichts gesagt ist, kann immerhin Nr. 1 als Rubrum aufgeführt werden, wie dies bisher in Bayern üblich war.[5])

Zu Nr. 2.

„Die Anträge". Im Entwurf waren die Nummern 2 und 3 als Nr. 2 vereinigt, indem es nach Nr. 2 hieß „unter Angabe" u. s. w. wie Nr. 3. Bei der Berathung in der Justizkommission wurde darauf hingewiesen, daß in der Literatur das Mißverständniß aufgetaucht sei, als seien unter Anträgen auch die zu deren Begründung dienenden thatsächlichen Anführungen mit zu verstehen. Daraus habe man gefolgert, daß laut § 259 (§ 269 der C.P.O.) auch diese Begründung mit verlesen werden sollte, was dem Geiste des Entwurfs widerspreche und diese Mißdeutung solle durch Loslösung des zweiten Theils der Ziff. 2 abgeschnitten werden.[6]) Wie sich hieraus ergiebt, sind lediglich die in Nr. 2 enthaltenen Anträge aus den vorbereitenden Schriftsätzen bei Beginn der mündlichen Verhandlung zu verlesen (§§ 128, 269). Ist ein Abgehen von diesen zulässig (§§ 240—243), so sind die neuerlich gestellten Anträge im Anwaltsprozesse schriftlich abzufassen und zu verlesen. (§§ 269, 469).

Zu Nr. 3.

„thatsächlichen Verhältnisse". Wie schon erwähnt, sollen Rechtsausführungen zur Begründung der Anträge ausgeschlossen sein. Bei Berathung des hannover'schen Entwurfs wurde beantragt, eine desfallsige Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen, man nahm aber davon Umgang, da die Rechtsanwälte doch kaum unterlassen würden, derartige Exkursionen zu machen.[7]) Das kann aber Abstrich der Deserviten zur Folge haben. Welche Thatsachen anzuführen sind, welche zugestanden oder negirt werden

---

[5]) Auch Art. 230 der bayer. P.O. enthält keine Bestimmung über die Form. Die gewöhnliche Form ist: Zum k. . . . . gericht N. Motivirter Antrag (nun vorbereitender Schriftsatz) des k. Advokaten A zu N in Sachen des (Vor- und Zuname) Handelsmann zu Y, vertreten durch den k. Advokaten A gegen Z. (Vor- und Zuname), Handelsmann in X, vertreten durch den k. Advokaten C. zu N. wegen Vertragserfüllung mit (Anzahl) Beilagen.

[6]) Prot. d. J.K. S. 43.

[7]) Prot. z. hann. E. S. 5002—5003.

sollen, bleibt dem Ermessen der Partei bezw. ihres Prozeßbevollmächtigten überlassen. Uebrigens kann die anwesende Partei derartige Zugeständnisse eines vorbereitenden Schriftsatzes, wenn sie vom Prozeßbevollmächtigten wiederholt werden, widerrufen (§ 81)[8]).

Zu Nr. 4.

Der hannover'sche Entwurf § 120 Ziff. 3 hat noch den Beisatz: „so daß nicht zweifelhaft bleibt, was zugestanden und was bestritten bleibt". Schon bei Berathung des norddeutschen Entwurfs wurde diese Bestimmung als überflüssig und nicht in das Gesetz gehörige Schlußfolgerung gestrichen.[9])

Geständnisse, welche nur in den vorbereitenden Schriftsätzen gegeben werden, haben nicht den Werth gerichtlicher Geständnisse (§ 261), können vielmehr nur als außergerichtliche Geständnisse, d. h. als Beweismaterial verwerthet werden.[10])

Zu Nr. 5.

Die Motive bemerken hiezu: Die Vorschrift in Nr. 5 ist eine Konsequenz des von dem Entwurfe adoptirten Systems der Beweisverbindung. Schon der hannover'sche Entwurf enthielt die gleiche Bestimmung. Es wurde dort geltend gemacht, der Grundsatz der Verbindung der Beweise mit den Behauptungen müsse als allgemeiner aufgestellt und diese Bestimmung aufgenommen werden, weil dieselbe nicht blos für die Klage, Vernehmlassung, Replik u. s. w. in Betracht komme, sondern überhaupt für alle vorbereitenden Schriftsätze, mögen diese nun zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache oder eines Incidentpunktes dienen. Allein auch hier wird ein Nachtheil „in der Sache selbst" für die Unterlassung nicht angedroht, dem Kläger wie dem Beklagten steht es frei, ihre Beweismittel vor der mündlichen Verhandlung zu bezeichnen (§ 245) und kann der Gegner, wenn dies rechtzeitig geschieht, was auch noch im

[8]) § 81 Anm. 7.

[9]) Prot. z. nordd. E. S. 280. Vergl. die Bemerk. zu § 139.

[10]) Wernz in der Ztschr. f. R. u. L.R. Bd. III. S. 358. Vergl. auch S. 402—403.

Termine zur mündlichen Verhandlung der Fall sein kann,[11]) keine Vertagung auf Kosten des Beweisführers verlangen.[12]) Nur wenn sich der Probat nicht sofort auf die Bekanntgabe der Beweismittel erklären kann und deshalb Vertagung einzutreten hat, hat der Produzent wegen nicht rechtzeitigen Vorbringens die Kosten der Terminsverlegung zu tragen.[13]) Das Gesetz verlangt übrigens nur eine allgemeine Bezeichnung der Beweismittel, wie Urkunden, Eid, Zeugen. § 189 Ziff. 3 des nordd. Entwurfs hat die Bestimmung „insbesondere die Benennung von Zeugen". Gerade diese Bestimmung hat aber die Civilprozeßordnung nicht aufgenommen.[14])

Zu Nr. 6.

Der Mangel der Unterschrift schadet ebenso wenig, wie das Unterlassen des Schriftsatzes. Daß im Anwaltsprozesse der Anwalt den vorbereitenden Schriftsatz unterschreiben soll, hat seinen Grund in dem Umstande, daß im Anwaltsprozesse überhaupt nur der Anwalt der Partei zu handeln und schon die Klage zu stellen hat.[15])

§ 122.

Dem vorbereitenden Schriftsatze sind die in den Händen der Partei befindlichen Urkunden, auf welche in dem Schriftsatze Bezug genommen wird, in Urschrift oder in Abschrift beizufügen.

---

[11]) Wenn z. B. nur von der Eidesdelation Gebrauch gemacht wird und der anwesende Delat sich sofort über Annahme oder Relation erklären kann. Vergl. zu § 236.

[12]) Prot. z. hann. E. S. 5419—5424, 5426—27, 5901—2. Vergl. hiezu die Bemerkungen zu § 90 und 123.

[13]) Bes. Begr. d. E. zu § 119 Abs. 2.

[14]) Die Bestimmungen der §§ 255, 338, 367, 385, 416, können erst während der mündlichen Verhandlung zur Anwendung kommen, wenn sie überhaupt nothwendig werden, nicht etwa in dem vorbereitenden Schriftsatze. Vergl. die Bemerk. zu den §§ 251, 255, 256. — Bezüglich der Urkunden vergl. übrigens § 122.

[15]) Eine Ausnahme von dem „soll" des § 121 Nr. 6 findet aber bei der Unterschrift der Klage im Anwaltsprozesse statt. Vergl. zu § 230.

Kommen nur einzelne Theile einer Urkunde in Betracht, so genügt die Beifügung eines Auszugs, welcher den Eingang, die zur Sache gehörende Stelle, den Schluß, das Datum und die Unterschrift enthält.

Sind die Urkunden dem Gegner bereits bekannt oder von bedeutendem Umfange, so genügt die genaue Bezeichnung derselben mit dem Erbieten, Einsicht zu gewähren.

Während die Vorschrift von Nr. 5 des § 121 eine Konsequenz des von dem Gesetze adoptirten Systems der Beweisverbindung ist, stehen die §§ 122, 125, 126 in nahem Zusammenhange mit der Vorschrift der Civilprozeßordnung über die Antretung der Urkundenbeweises (§ 385).

„die in den Händen der Partei befindlichen Urkunden". Die Voraussetzung für die Verpflichtung zur Mittheilung und zur Gestattung der Einsicht ist, daß die Urkunde sich in den Händen der Partei befindet und daß die Partei in dem vorbereitenden Schriftsatze auf die Urkunde Bezug genommen hat.[1]) Geschieht Letzteres ohne Beilage der Urschrift oder einer Abschrift, so ist der Gegner nicht verpflichtet, sich über die Urkunde zu erklären und kann Vertagung des Termins auf Kosten des Gegners verlangen. Wird die in Bezug genommene Urkunde überhaupt nicht produzirt, so kann sie gar nicht berücksichtigt werden.[2])

„in Urschrift oder in Abschrift". Ein Antrag, die Worte „in Urschrift oder" zu streichen, wurde zurückgenommen. Nach dem Wortlaut hat der Produzent die Wahl, ob er dem ihm bleibenden Exemplar Original oder Abschrift beilegen will.

Der Vertreter des Bundesraths v. Amsberg und geheimer Justizrath Kurlbaum erklärten: Nach der Meinung des Entwurfs sollte der Gegner und das Gericht nur Abschriften erhalten, die Urschrift dagegen bei den Akten desjenigen, welcher zustellen läßt, bleiben, — vgl. § 173 — eine abschriftliche Mittheilung der Urkunde sei aber nur dann zu erreichen, wenn bestimmt werde, daß dieselbe Urkunde, sei es in Abschrift oder in

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 118, 121, 122.

[2]) Vergl. zu §§ 133, 134, 408.

Urschrift, der Urschrift des vorbereitenden Schriftsatzes beigefügt werde.[3])

Auch bei Berathung des hann. Entwurfs § 122, der nur von Urkunde spricht, ohne zwischen Urschrift und Abschrift zu unterscheiden, wurde bemerkt, dem in den Händen der Partei verbleibenden Schriftsatze habe die Partei, die sich auf die Urkunde bezieht, diese beizufügen, jedes andere Exemplar eines vorbereitenden Schriftsatzes bekomme eine Abschrift der Urkunden.[4]) Daß die Partei dem für das Gericht bestimmten vorbereitenden Schriftsatze nur Abschriften der Urkunden beizulegen braucht, geht klar aus § 124 hervor.

§ 123.

Der vorbereitende Schriftsatz, welcher neue Thatsachen oder ein anderes neues Vorbringen enthält, ist mindestens eine Woche, wenn er einen Zwischenstreit betrifft, mindestens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen.

Der vorbereitende Schriftsatz, welcher eine Gegenerklärung auf neues Vorbringen enthält, ist mindestens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen. Die Zustellung einer schriftlichen Gegenerklärung ist nicht erforderlich, wenn es sich um einen Zwischenstreit handelt.

„neue Thatsachen oder ein anderes neues Vorbringen". Letzteres liegt den Thatsachen gegenüber namentlich in der Angabe neuer Beweismittel.

„welcher eine Gegenerklärung enthält". Das Gesetz macht die Einleitung der mündlichen Verhandlung im Anwaltsprozesse durch Schriftsatz der Partei zur Pflicht und gestattet Gegenerklärungen durch einen Schriftsatz, damit soll aber nicht ausgesprochen werden, daß die Parteien nach Belieben eine Anzahl Schriftsätze wechseln dürfen. Die überflüssigen unterliegen der Bestimmung des § 87 Abs. 1.

---

[3]) Prot. d. J.K. S. 43.

[4]) Prot. z. hann. E. S. 580, 5007—5008.

Die Motive bemerken hiezu: Aus der Natur der vorbereitenden Schriftsätze folgt, daß die Unterlassung der Zustellung eines vorbereitenden Schriftsatzes an den Gegner Rechtsnachtheile in der Sache selbst nicht zur Folge haben kann (§ 120 Abs. 1). Dasselbe gilt, wenn der vorbereitende Schriftsatz nicht rechtzeitig zugestellt wird, oder wenn sonstige die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung betreffende Bestimmungen (vgl. §§ 122, 124, 125) nicht beachtet werden. Indessen hat die Partei, welche den Vorschriften der §§ 120—125 zuwider handelt und dadurch bewirkt, daß die Verhandlung der Sache in dem bevorstehenden Termine nicht vollständig durchgeführt werden kann, die durch ihr Verschulden veranlaßten Kosten der Terminsverlegung (§ 90) zu tragen. Unnöthig erschien es, die Bestimmung des norddeutschen Entwurfs § 306: „Die mündliche Verhandlung kann auf Antrag vertagt werden — insbesondere wenn der Gegner die rechtzeitige Mittheilung oder Niederlegung eines Schriftsatzes oder einer Urkunde unterlassen hat, oder wenn durch ein weiteres Vorbringen weitere Erhebungen erforderlich werden," in die Civilprozeßordnung aufzunehmen; es reichen in dieser Beziehung die generellen Vorschriften der §§ 205, 206 aus, da selbstverständlich die Unterlassung der rechtzeitigen Mittheilung eines Schriftsatzes u. s. w. geeignet sein kann, den für den Antrag auf Verlegung oder Vertagung eines Termins erforderlichen erheblichen Grund (§ 202 Abs. 2) abzugeben.[1]) Daß hier eine Verlegung des Termins auch von Amtswegen erfolgen kann, läßt sich nach § 206 nicht bezweifeln. Vergl. auch die Bemerkungen zu § 124.

„mindestens eine Woche — mindestens drei Tage". Die in § 123 normirten Minimalfristen können nach § 204 abgekürzt werden und haben nur für diejenigen Schriftsätze Bedeutung, für deren Zustellung in dem Gesetze nicht besondere Fristen festgesetzt sind, was in Betreff der wichtigeren vorbereitenden Schriftsätze geschehen ist (vergl. §§ 234, 244, 481, 484, 517, 519, 548).[2])

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 117.

[2]) Bes. Begr. d. E. a. a. O. vergl. auch §§ 199—201.

„wenn es sich um einen Zwischenstreit handelt“. Selbstverständlich wird hiebei vorausgesetzt, daß im Zwischenstreit eine mündliche Verhandlung stattfindet. Was ein Zwischenstreit ist, definirt die Civilprozeßordnung nicht, aber die Motive sprechen sich hierüber aus. In den Motiven zu §§ 262—265 ist bemerkt: Streitpunkte zwischen einer Prozeßpartei und einem Dritten bilden nach den Bemerkungen zu § 7 der allgemeinen Begründung einen Zwischenstreit. Von dem Zwischenurtheil, welches über solche Streitpunkte erlassen wird, handeln die §§ 68, 126, 352. In der allgemeinen Begründung des Entwurfs § 7 kommt vor: „Die Natur der Sache ergiebt, daß Streitpunkte zwischen einer Prozeßpartei und einem Dritten den Gegenstand eines besonderen Prozeßabschnittes (Zwischenstreites) bilden, welcher in erster wie in einer weiteren Instanz ein für sich bestehendes Leben hat. Auch ist es, wenngleich nicht durch die Natur der Sache geboten, so doch zulässig und behufs Erlangung der großen Vortheile getrennter Prozeßabschnitte empfehlenswerth, einzelne Verhandlungen unter den Parteien selbst, so z. B. die Verhandlungen über die Edition oder die Aechtheit von Urkunden, als Zwischenstreit anzuerkennen.“ In § 11 wird dann weiter erwähnt: Die einzelnen Entscheidungen, welche den Gegenstand der Beschwerde bilden, können nicht wohl in einer allgemeinen Gesetzesformel zusammengefaßt werden. Zur allgemeinen Charakterisirung der einzelnen Entscheidungen dient jedoch Folgendes: Wenn die übrigen auf mündlicher Prozedur beruhenden Rechtsmittel ihrer ganzen Konstruktion nach nur solche richterliche Entscheidungen zum Gegenstande haben, welche nach vorgängiger mündlicher Verhandlung im Verhältnisse der einen Partei zur andern erfolgte sachliche Entscheidungen enthalten, so fallen dem Gebiete der Beschwerde Entscheidungen anheim, welche entweder eine mündliche Verhandlung nicht voraussetzen oder einen Streit zwischen den Parteien und dritten Personen bezielen oder eine sachliche Entscheidung nicht enthalten. Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs war folgende Bestimmung vorgeschlagen worden: Erhebt sich unter den Parteien ein Streit, von dessen Erledigung das weitere Verfahren abhängig ist (prozessualischer Zwischenstreit), so ist jede Partei

befugt, die andere zur mündlichen Verhandlung über den Zwischenstreit und zur Entscheidung desselben vor das Prozeßgericht laden zu lassen. Die vorbereitenden Schriftsätze brauchen in diesem Falle vor dem Termine nicht mitgetheilt und eingereicht zu werden.[3])

§ 124.

Die Parteien haben eine für das Prozeßgericht bestimmte Abschrift ihrer vorbereitenden Schriftsätze und der Anlagen auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Diese Niederlegung erfolgt zugleich mit der Ueberreichung der Urschrift, wenn eine Terminsbestimmung oder wenn die Zustellung unter Vermittlung des Gerichtsschreibers erwirkt werden soll, anderenfalls sofort nach erfolgter Zustellung des Schriftsatzes.

Der § 124 umfaßt den Anwaltsprozeß und den Parteiprozeß, wenn in diesem vorbereitende Schriftsätze beliebt werden. Dagegen wird nur im Anwaltsprozesse die Unterlassung der Niederlegung einer Abschrift für das Gericht eine Vertagung der Sache von Amtswegen zur Folge haben können, was jedoch nur in so complicirten Fällen gerechtfertigt ist, daß wirklich ohne solche Hinterlegung und Einsicht des Schriftsatzes die Direktion der Verhandlung nicht wohl möglich ist.

„für das Prozeßgericht". Der § 124 bezieht sich auf alle Instanzen. Ein vorbereitender Schriftsatz ist also bei dem Gericht niederzulegen, bei dem eine mündliche Verhandlung erfolgen soll.

„Abschrift der vorbereitenden Schriftsätze und der Anlagen", also auch nur Abschriften der Urkunden, welche Anlagen bilden. Die Partei ist nicht verbunden, mit den vorbereitenden Schriften ihr Original dem Gerichte (noch weniger aber der Gegenpartei) zu übergeben.

„mit der Ueberreichung der Urschrift". Die Urschrift ist das vom Mittheilenden zurückgehaltene Exemplar. Soll ein Termin bestimmt werden, so übergiebt der Anfertiger des Schriftsatzes

---

[3]) Prot. z. nordd. E. S. 554.

seine Urschrift mit einer Abschrift, von denen er die Urschrift nach erfolgter Terminsbestimmung zurückerhält, sofern er selbst die Zustellung an den Gegner zu bewirken hat;[1]) hat diese der Gerichtsschreiber zu besorgen, welchem dann zwei Abschriften übergeben werden, so erhält der Anfertiger der vorbereitenden Schriftsätze nur seine Urschrift zurück.

„andernfalls“ d. h. wenn keine Terminsbestimmung zu erfolgen hat und nicht durch Vermittlung des Gerichtsschreibers zugestellt werden soll, also z. B. bei der Erklärung über Behauptungen des Gegners in einem vorbereitenden Schriftsatze, erfolgt die Niederlegung eines Exemplars der Abschrift, sobald ein solches auch dem Gegner mitgetheilt wurde.

Hieraus ergiebt sich, daß, was der § allgemein auch ausdrückt, nicht nur ein Exemplar des vorbereitenden Schriftsatzes, durch den eine Terminsanberaumung zu erfolgen hat, sondern überhaupt alle vorbereitenden Schriftsätze[2]) auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen sind; sie dienen, wie erwähnt, zur Information des Gerichts.

§ 125.

Die Partei ist, wenn sie rechtzeitig aufgefordert wird, verpflichtet, die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie in einem vorbereitenden Schriftsatze Bezug genommen hat, vor der mündlichen Verhandlung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen und den Gegner von der Niederlegung zu benachrichtigen.

Der Gegner hat zur Einsicht der Urkunden eine Frist von drei Tagen. Die Frist kann auf Antrag von dem Vorsitzenden verlängert oder abgekürzt werden.

Der § 125 ist eine Ergänzung zu § 122, und bezieht sich nicht nur darauf, daß nur eine Abschrift der Urkunde dem Gegner

---

[1]) In das dem Gegentheile zuzustellende Schriftstück kann in diesem Falle der Anfertiger des Schriftsatzes die Terminsbestimmung selbst eintragen; die ganze Abschrift muß beglaubigt sein.

[2]) Es ist daran zu erinnern, daß nach der Terminsanberaumung auf die Klage mehrere vorbereitende Schriftsätze gewechselt werden können.

mit dem vorbereitenden Schriftsatze übergeben wurde, sondern auch auf eine nur auszugsweise in Abschrift übergebene Urkunde[1]), nicht aber auf den Fall, daß Beides nicht geschehen ist.

„eine Frist von drei Tagen“. Die Frist läuft von der Benachrichtigung an. Wie diese Benachrichtigung und wie die Aufforderung zur Niederlegung zu geschehen hat, bestimmt das Gesetz nicht; Beides richtet sich daher nach allgemeinen Grundsätzen der §§ 152 ff. und geschieht durch Zustellung eines Schriftsatzes, im Parteiprozesse auch durch Protokollerklärung bei dem Gerichtsschreiber nach § 463. Ist die Frist zur Einsicht abgelaufen, so kann der Produzent seine Urkunde zurückziehen, ohne zur weiteren Vorlage für den Gegner verpflichtet zu sein, auch Ersatz der Niederlegungskosten von dem Gegner fordern (§ 91). Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß derjenige, der die Einsicht der Urkunde versäumt hat, die Vorlage derselben zur Beweisführung (§ 388) von seinem Gegner verlangen kann.[2])

Abs. 2 des § bezieht sich nicht auf die Vollmachtsurkunde, indem einerseits das Verlangen der Vollmachtsvorlage nicht von der Allegation in einem Schriftsatze abhängig sein kann, dann aber auch das „Abgeben“ des § 76 Abs. 1 ein „Belassen“ bei Gericht ausdrückt, welchem gegenüber die Fristbeschränkung des § 125 Abs. 2 nicht geboten ist.

§ 126.

Den Rechtsanwälten steht es frei, die Mittheilung von Urkunden von Hand zu Hand gegen Empfangsbescheinigung zu bewirken.

Giebt ein Rechtsanwalt die ihm eingehändigte Urkunde nicht binnen der bestimmten Frist zurück, so ist er auf Antrag nach

---

[1]) Bezüglich der Vollmacht vergl. § 76. Eine Vollmachtsurkunde ist nicht unter § 125 Abs. 1 zu subsumiren. Vergl. die Bemerk. a. E.

[2]) Bei Berathung des § 125 wurde von der Justizkommission anerkannt, daß die Unterlassung der Wiederlegung auf der Gerichtsschreiberei keinen Prozeßnachtheil zur Folge habe, aber bemerkt, daß das Gericht in diesem Falle gewöhnlich Vertagung werde eintreten lassen. Prot. d. J.K. S. 49.

vorgängiger mündlicher Verhandlung zur unverzüglichen Zurückgabe zu verurtheilen.

Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.

„Den Rechtsanwälten steht es frei". Das Gesetz schafft durch § 126 eine Alternative zu § 125. Wenn von Rechtsanwälten die Rede ist, so folgt hieraus nicht, daß § 126 nur für den Anwaltsprozeß besteht, er besteht aber nur für Anwälte auch im Parteiprozeß, nicht für andere Prozeßbevollmächtigte. Die Rechtsanwälte können sich zur Mittheilung ihrer Scribenten, der Post u. dgl. bedienen; die Art der Mittheilung, ebenso die Art der Empfangsbescheinigung ist der Uebereinkunft der Rechtsanwälte überlassen.[1]) Um die direkte Mittheilung zu fördern, da dieselbe aus äußern und innern Gründen der Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei vorzuziehen ist, hat der § 126 — in Uebereinstimmung mit Württemberg Art. 186, Bayern Art. 174 — für den Fall der Verzögerung der Rückgabe strenge Bestimmungen getroffen. Das Verfahren gegen den säumigen Rechtsanwalt wird analog den Fällen der §§ 68, 352, als Zwischenstreit mit einem Dritten behandelt. Gegen das Urtheil — Zwischenurtheil genannt, weil es einen Zwischenstreit entscheidet — findet nur die sofortige Beschwerde[2]) und ohne eine die Vollstreckung aufschiebende Wirkung statt.[3])

Die Zwangsvollstreckung auf Hinausgabe der Urkunde erfolgt nach der Bestimmung des § 769. Ist dieselbe ohne Erfolg und trifft den Producenten deshalb ein Nachtheil (Verlust des Prozesses), so steht ihm eine Entschädigungsklage gegen den betreffenden Rechtsanwalt zu (§ 778). Uebrigens haftet der Anwalt, der dem Gegenanwalt eine Original-Urkunde gegen den Willen seiner Partei übergiebt, dieser für den Verlust derselben.[4])

---

[1]) Zum Nachweise der Zustellung genügt das mit Datum und Unterschrift des empfangenen Anwalts versehene Empfangsbekenntniß. § 181.

[2]) Vergl. § 540.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 118, 121, 122.

[4]) Prot. d. J.-K. S. 50.

„binnen der bestimmten Frist", nicht der vom mittheilenden Anwalt zu „bestimmenden Frist".[5]) Es ist damit die in § 125 bezeichnete dreitägige Frist verstanden. Der norddeutsche Entwurf hat das deutlicher ausgedrückt, indem er in § 194 nach den Worten „bei der bestimmten Frist (§ 193)" den vorhergehenden § 193 inklavirte. Die §§ 193, 194 des norddeutschen Entwurfs stimmen mit §§ 125, 126 der Civilprozeßordnung überein. Demnach kann auch im Falle des § 126 die Frist nach der Bestimmung des § 125 verlängert werden.

§ 127.

Der Vorsitzende eröffnet und leitet die mündliche Verhandlung.

Er ertheilt das Wort und kann es demjenigen, welcher seinen Anordnungen nicht Folge leistet, entziehen.

Er hat Sorge zu tragen, daß die Sache erschöpfende Erörterung finde und die Verhandlung ohne Unterbrechung zu Ende geführt werde; erforderlichenfalls hat er die Sitzung zur Fortsetzung der Verhandlung sofort zu bestimmen.

Er schließt die Verhandlung, wenn nach Ansicht des Gerichts die Sache vollständig erörtert ist, und verkündet die Urtheile und Beschlüsse des Gerichts.

Nachdem die Civilprozeßordnung in den §§ 119—126 die Grundsätze über die Mündlichkeit des Verfahrens und über die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung aufgestellt hat, wendet sie sich in den §§ 127—144 zu der mündlichen Verhandlung selbst.

Die §§ 128, 129, 144 regeln das Verhalten der Parteien, die §§ 127, 130 ff. formuliren das dem Vorsitzenden und dem Gerichte eingeräumte Prozeßleitungsamt.[1])

„Der Vorsitzende eröffnet und leitet die Verhandlung". Vorsitzender ist auch das Mitglied des Amtsgerichts, das als Einzelrichter die Verhandlung leitet. Der Einzelrichter und Vor-

---

[5]) Wie Seuffert C.P.O. zu § 126 unter 3 irrthümlich annimmt.

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 123, 138.

sitzende eines Gerichts fallen zusammen, wie dies in § 149 Abs. 2 deutlich ausgedrückt ist. Ein Aufruf der einzelnen zur Verhandlung gelangenden Rechtsstreitigkeiten nach einer bestimmten Reihe durch einen Gerichtsvollzieher oder den Gerichtsschreiber (Protokollführer) erfolgt nicht. Die Bestimmung der Reihenfolge ist dem Ermessen des Vorsitzenden überlassen.[2])

Der Termin beginnt mit dem Aufrufe der Sache (§ 127 Abs. 1); in welcher Form aufzurufen ist, wird nicht bestimmt. Es genügt hier wohl die Angabe des Rebrums und der Prozeßbevollmächtigten, wenn solche vorhanden. Der Vorsitzende eröffnet die Sitzung, ohne daß hiefür eine bestimmte Formel vorgeschrieben ist. Sind im Parteiprozesse die Parteien durch Prozeßbevollmächtigte vertreten, so haben sich diese vor Allem über ihre Vollmacht auszuweisen, im Anwaltsprozesse kommt der Vollmachtspunkt nur auf Anregung zur Sprache (§ 84). Hierauf ertheilt der Vorsitzende dem Anwalte des Klägers, Appellanten u. s. w., im Parteiprozesse der erschienenen Klagspartei selbst oder ihrem Prozeßbevollmächtigten das Wort. Die mündliche Verhandlung wird nun nach § 128 dadurch eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge (petita) stellen, in Anwaltsprozessen müssen die Anträge durch Verlesen derselben gestellt werden (§ 269).[3]) Nachdem das Gericht durch die Anträge im Allgemeinen von der Sachlage in Kenntniß gesetzt ist, folgen die Vorträge der Parteien, im Anwaltsprozesse durch die bestellten Rechtsanwälte (§ 74) und auf Verlangen auch durch die miterschienene Partei (jedoch nur nach Maßgabe des § 128 Abs. 2)[4]) in freier Rede. Sie haben

---

[2]) Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs hielt man eine Vorschrift darüber, in welcher Reihenfolge die einzelnen anhängig gewordenen Sachen vom Gerichte zu erledigen seien, für mißlich und zog es vor, diese Reihenfolge dem Ermessen des Gerichtsvorstandes zu überlassen, welcher von selbst Bedacht darauf nehmen werde, die Kontumazialsachen vorab zu erledigen. Prot. z. nordd. E. S. 530—531.

[3]) Ueber Abweichung von denselben vergleiche § 121 zu Nr. 2. Aus dem in der Klagschrift gestellten Petitium wird sich auch ergeben, ob eine zulässige oder unzulässige Klagänderung bei der mündlichen Verhandlung versucht wird.

[4]) Vergl. S. 516.

auch im Parteiprozesse das Streitverhältniß in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen und die Beweismittel für die aufgestellten Behauptungen zu bezeichnen (§§ 255, 256). Auf den weiteren Vortrag der einen Partei kann deren Gegner antworten, ebenso auf dessen Antwort die erste Partei erwidern. Ueber vom Gegner behauptete Thatsachen hat sich die Partei, bezw. deren Prozeßbevollmächtigte zu erklären (§ 129).

Diese gegenseitigen Vorträge können aber in doppelter Beziehung beschränkt werden, durch die Befugniß des Vorsitzenden die Verhandlung zu schließen, wenn nach Ansicht des Gerichts die Sache vollständig erörtert ist (§ 127 Abs. 4), aber auch dann, wenn von dem letzten Redner nur Thatsachen vorgebracht wurden, wenn diese nach Ansicht des Gerichts ohne Einfluß sind. Es ist nicht immer nothwendig, daß über neu vorgebrachte Thatsachen auch der Gegner gehört werde. Haben die Parteien oder deren Prozeßbevollmächtigte ihre Vorträge beendigt und ist die Sache hiedurch nicht genügend aufgeklärt, so tritt das Fragerecht des Vorsitzenden und der Gerichtsmitglieder ein (§ 130). Ist auch dieses erschöpft und die Sache für das Gericht aufgeklärt, so schließt der Vorsitzende die Verhandlung, wofür aber wieder eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben ist. Irgend eine Schlußerklärung aber muß erfolgen, da ohne solche die Partei Versäumnisse bis zur Urtheilspublikation nachholen könnte (§§ 197 Abs. 2, 209 Abs. 2) und auch das Präjudiz des Zugeständnisses erst mit dem Schlusse der Verhandlung eintritt.[5]) Das Gericht zieht sich hierauf in das Berathungszimmer zurück,[6]) beschließt das Urtheil, tritt wieder in den Sitzungssaal und hier verkündet der Vorsitzende das Urtheil (§§ 281, 282); hat sich aber bei der Berathung herausgestellt, daß noch unaufgeklärte Punkte vorhanden sind, so ist die Verhandlung wieder zu eröffnen (§ 142) und kann auch hiezu ein weiterer Termin bestimmt werden.[7])

---

[5]) Vergl. die Bemerkungen zu § 129.

[6]) In Bayern muß die bisherige Uebung beibehalten werden, da auch alle neu erbauten Justizgebäude hiernach eingerichtet sind.

[7]) Ueber die Folgen des Wiederaufhebens des Schlusses der Verhandlung vergl. die Bemerkung zu § 142.

Bei dem Schlusse der Verhandlung kann auch der Vorsitzende sofort, ohne daß es eines Zurückziehens in das Berathungszimmer bedarf, wenn solche nicht geboten erscheint, wie bei den meisten Versäumungsurtheilen im Wechselprozeß und solchen Fällen, nach kurzer Berathung mit den Gerichtsmitgliedern zur Urtheilspublikation schreiten, für größere Fälle sofort einen Termin anberaumen (§ 281) und einen weiteren Fall aufrufen. Die Berathung und Beschlußfassung findet dann nach Beendigung sämmtlicher Verhandlungen statt.

„kann denjenigen, der seinen Anordnungen nicht Folge leistet, das Wort entziehen". Hierüber ist zu bemerken: Natürlich kann Niemanden das Wort entzogen werden, dem dasselbe noch nicht ertheilt wurde und der von seiner Befugniß noch nicht Gebrauch gemacht hat, der Fall, daß ein Versäumungsurtheil zu erlassen ist, bleibt also ausgeschlossen (§ 299) für den Contumax.[8]) Dagegen erscheint die Partei oder der Prozeßbevollmächtigte, dem das Wort entzogen wird, nur insoweit in die Verhandlung eingetreten, als sie bis zur Entziehung des Wortes sich geäußert und erklärt hat und es treten dann die Bestimmungen des § 129 in Wirksamkeit. Gegen die Entziehung des Wortes durch den Vorsitzenden kann auf einen Gerichtsbeschluß appellirt werden (§ 131).

„ohne Unterbrechung zu Ende geführt werde". Ein Aussetzen der Verhandlung auf kurze Zeit, über die Mittagsstunden, sowie das Eintretenlassen einer Pause zur Erholung bei lange andauernden Vorträgen ist keine Unterbrechung.

§ 128.

Die mündliche Verhandlung wird dadurch eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge stellen.

Die Vorträge der Parteien sind in freier Rede zu halten; sie haben das Streitverhältniß in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen.

---

[8]) Wie einer Partei soll das Wort entzogen werden können, ehe sie überhaupt verhandelt hat — Seuffert, C.P.O. zu § 127 unter 2 — ist nicht

Eine Bezugnahme auf Schriftstücke statt mündlicher Verhandlung ist unzulässig. Die Vorlesung von Schriftsätzen findet nur insoweit statt, als es auf den wörtlichen Inhalt derselben ankommt.

In Anwaltsprozessen ist neben dem Anwalt auch der Partei selbst auf Antrag das Wort zu gestatten.

Zum Theile kann sich auf die Erörterungen zu § 127 bezogen werden.

„in freier Rede zu halten". Die Motive bemerken hiezu: Ein Ablesen der Schriftsätze ist nicht zu gestatten: durch das Ablesen würde die mündliche Verhandlung ihre wesentliche Bedeutung verlieren und zu einer leeren Form herabsinken.[1]) Das bezieht sich aber nur auf den eigenen Schriftsatz des Vortragenden. Die Verlesung des Schriftsatzes des Gegners kann unter Umständen absolut nothwendig sein, so z. B. wenn der Beklagte behauptet, daß der Schriftsatz des Klägers ganz andere thatsächliche Anführungen enthalte, als dessen mündlicher Vortrag und deshalb eine Klagänderung vorliege.

„Eine Bezugnahme auf Schriftstücke". Schriftstücke sind hier im Gegensatze zu den Schriftsätzen der Parteien gemeint. Eine Bezugnahme auf Schriftstücke würde — bemerken die Motive — mit dem Grundsatze der Mündlichkeit in direktem Widerspruche stehen und müßte zur Folge haben, daß das Verfahren ein schriftliches, der Prozeß nicht unmittelbar vor den zu seiner Entscheidung berufenen Richtern geführt würde.[2]) Es ist deshalb auch die Bezugnahme auf umfangreiche, beim Verlesen oft schwer verständliche Dokumente, z. B. Rechnungen, Gantakten u. dergl. unzulässig.[3]) Das Gesetz verbietet aber nur eine Bezugnahme auf Schriftstücke „statt mündlicher Verhandlung", also nicht jede

---

einzusehen. Das Wort entziehen und die Erlaubniß zum Reden nicht ertheilen ist zweierlei.

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 124.

[2]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[3]) Ein Antrag von Dr. Wolffson, in Abs. 3 nach „unzulässig" hinzuzufügen „außer wenn sich der Inhalt derselben nicht zu mündlicher Mittheilung eignet" wurde abgelehnt. Prot. d. J.K. S. 50.

Bezugnahme auf Schriftstücke überhaupt. Es wird hier dem richterlichen Ermessen zu überlassen sein, wie weit gegangen werden darf.[4])

„In Anwaltsprozessen", vergleiche hierüber §§ 74 und 75. Statt der Partei kann nur deren gesetzlichem Vertreter neben dem Rechtsanwalte das Wort ertheilt werden,[5]) aber auf Verlangen muß das Wort ertheilt werden, kann aber auf Grund des § 127 wieder entzogen werden. Daß die mitanwesende Partei auch im Anwaltsprozesse zur Aufklärung befragt werden darf, geht aus § 132 hervor.

§ 129.

Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Thatsachen zu erklären.

Thatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Thatsachen zulässig, welche weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind.

„zu erklären". Absatz 1 stellt ein allgemeines Prinzip auf, es ist aber doch ein Unterschied ob die Erklärung im Anwaltsprozesse oder im Parteiprozesse zu erfolgen hat. Im ersteren findet keine Aufforderung durch das Gericht statt,[1]) erfolgt eine Erklärung nicht, so treten die Bestimmungen des Abs. 2 und 3 ein, im Parteiprozesse erst, wenn eine Einwirkung des Gerichts erfolglos blieb (§ 464).[2])

Ob ein allgemeines Ableugnen für ausreichend zu halten ist, muß im einzelnen Falle der Würdigung des Gerichts überlassen bleiben. Daß ein allgemeines Zugeständniß[3])

---

[4]) Prot. d. J.K. a. a. O.

[5]) Vergl. auch S. 378.

[1]) Prot. z. hann. E. S. 5013.

[2]) Vergl. die Bemerkungen zu § 464.

[3]) Ueber die Folgen des Geständnisses sind die §§ 261—263 zu vergleichen.

der speziellen Erklärung über die einzelnen Thatsachen überhebt, bedurfte keines besonderen Ausspruchs.[4]) Ist eine Erklärung nicht bestimmt oder deutlich, so kann das richterliche Fragerecht (§ 130) zu einer bestimmten oder deutlichen Erklärung führen,[5]) und unterläßt die Partei trotz der Fragestellung eine Aufklärung oder erklärt, daß eine solche nicht weiter möglich sei, so kommt nach Umständen § 129 zur Anwendung.[6]) Thatsachen, welche nicht eigene Handlungen der Partei oder nicht Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmungen gewesen sind, kann sie mit Nichtwissen beantworten, so daß dieselben in diesem Falle als bestritten angesehen werden müssen.[7])

„Thatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden". Wird über Thatsachen eine ausdrückliche Erklärung nicht abgegeben, so sind sie als bestritten zu betrachten, wenn die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht, dagegen als zugestanden anzusehen, wenn die Absicht, sie bestreiten zu wollen, sich aus den übrigen Erklärungen der Partei nicht entnehmen läßt. Nach dem Grundsatze, daß eine Verhandlung, mag sie sich auch über mehrere Termine erstrecken, als ein Ganzes gilt, tritt das Präjudiz des Zugeständnisses erst mit dem Schlusse der Verhandlung ein; so lange ein neuer Termin oder die Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142) die Möglichkeit einer Erklärung gewährt, können die bisher nicht bestrittenen Thatsachen noch bestritten werden.[8]) Wie über Thatsachen, heißt es ferner in den Motiven, so haben sich die Parteien auch über die Echtheit von Privaturkunden (§ 404) und über zugeschobene Eide (§ 417) zu erklären. Erfolgt die Erklärung nicht, so ist die Urkunde als anerkannt, der Eid als verweigert anzusehen. Davon steht nun nichts im § 129. Allein nach dem Grundsatze des der Civilprozeßordnung zur Basis dienenden Präjudizes der affirmativen Litiskontestation läßt sich gegen diese Motive um so

[4]) Bes. Begr. d. E. zu § 125.

[5]) Prot. d. J.K. S. 51. Prot. z. hann. E. S. 5010.

[6]) Vergl. die Bemerkungen zu § 130.

[7]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[8]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

weniger etwas erinnern, als in § 404 sogar ausdrücklich auf § 129 Bezug genommen ist.

Ob eine nicht ausdrücklich bestrittene oder unstatthafter Weise mit Nichtwissen beantwortete Thatsache für zugestanden oder für bestritten zu erachten sei, hat das Gericht nach den Umständen zu beurtheilen.[9]) Das liegt auch in § 259.

Unter Abs. 2 des § fällt nicht die Erklärung einer Partei bezüglich ihrer eigenen vom Gegner behaupteten Handlungen oder Wahrnehmungen, daß sie dieselben nicht zugestehen könne, weil sie sich derselben nicht mehr erinnere. Bei Berathung in der Justizkommission wollte Gaupp zu dem nunmehrigen Abs. 3 den Zusatz: „oder in Betreff welcher der Partei ein Wissen nicht zugemuthet werden kann, obgleich eigene Handlungen oder Wahrnehmungen in Frage stehen". Der Antrag wurde, obgleich seine Berechtigung anerkannt wurde, abgelehnt, da derselbe bei der Eidesdelation seine Würdigung gefunden habe.[10]) Wer bezüglich der vom Gegner behaupteten eigenen Wahrnehmungen und Handlungen erklärt, er könne sich derselben nicht erinnern, und sie deshalb nicht zugestehen, ist nicht als zugestehend zu erachten.

§ 130.

Der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, über-

---

[9]) Gaupp stellte bei der Berathung in der Justizkommission den Antrag, dies im Gesetze auszusprechen. Der Antrag wurde abgelehnt, aber der Vertreter des Bundesraths v. Amsberg bemerkte, der Gesetzgeber (soll Richter heißen) dürfe, wenn eine ausdrückliche Erklärung über die vom Gegner angeführten Thatsachen nicht erfolge, diese Thatsachen als zugestanden ansehen. Prot. d. J.K. S. 51, 526. Der hann. Entw. enthält in § 129 die Vorschrift, daß die Partei sich bestimmt zu erklären habe, worunter vollständig begriffen ist. Prot. z. hann. E. S. 85—88.

[10]) Prot. d. J.K. S. 525—526. Vergl. auch zu § 424 Abs. 2. Aus gleichem Grunde wurde bei Berathung des hann. Entw. ein beantragter Zusatz: „oder seit den betreffenden eigenen Handlungen längere Zeit verstrichen ist", wieder zurückgezogen. Prot. z. hann. E. S. 85.

haupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden.

Der Vorsitzende hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, welche in Ansehung der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten.

Er hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen.

Recht und Pflicht sind Korrelate. Ueberzeugt sich der Vorsitzende oder das Gericht, daß zur Ausübung des Fragerechts Veranlassung gegeben ist, so sind sie verpflichtet, die Frage zu stellen, wenngleich die Unterlassung den Parteien keinen Grund zur Beschwerde giebt.[1]) In Uebereinstimmung mit dieser in den Motiven niedergelegten Ansicht wurde das Wort: (Der Vorsitzende) „kann" im Entwurfe überall in „hat" umgeändert.[2])

„Der Vorsitzende", das Organ des Gerichts, sitzt den verhandelnden Parteien nicht ruhig und kalt nur als Hörer gegenüber. Er leitet die Verhandlung,[3]) wirkt auf dieselbe fördernd ein und ist bei der Gestaltung des Rechtsstreits innerhalb der Grenzen der Verhandlungsmaxime mitthätig. Er hat demgemäß Sorge zu tragen, daß die Sache erschöpfende Erörterung finde und die Verhandlung ohne Unterbrechung zu Ende geführt werde; erforderlichen Falls hat er die Sitzung zur Fortsetzung der Verhandlung sofort zu bestimmen (§ 127 Abs. 2). Als Mittel, um auf eine erschöpfende Erörterung der Sache hinwirken zu können, räumt ihm — und dem Gericht — der § 130 ein umfassendes Fragerecht ein.[4])

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 126.

[2]) Prot. d. J.K. S. 51 ff. Es wurde hiebei darauf hingewiesen, daß, wenn der Richter nur fragen könne, aber nicht „müsse", so sei nicht ausgeschlossen, daß ein Richter von dem Fragerecht keinen Gebrauch mache und eine Klage als nicht genügend substanzirt angebrachter Massen abweise. — Das ist nun nicht mehr zulässig, für unterlassene nothwendige Fragen gibt § 142 eine Remedur.

[3]) Er ist nicht berechtigt, diese Leitung einem Gerichtsmitgliede zu übertragen, obgleich dies bei Berathung des § 130 von Seite des württembergischen Mitglieds des Bundesraths als zulässig erklärt wurde. Prot. d. J.K. S. 51—53, 136 a. E. bis 138. Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 641—643.

[4]) Bes. Begr. d. E. a. a. O. Vergl. jedoch § 131.

„unklare Anträge erläutert“. Der Vorsitzende und das Gericht dürfen aber ihr Fragerecht nicht dazu benützen, daß die Parteien statt unrichtiger Anträge richtige stellen;[5]) ist ein Antrag gesetzwidrig aber klar, so cessirt im Anwaltsprozesse das Fragerecht.

„ungenügende Angaben“. Darunter fallen nicht Erklärungen, die zweifelhaft lassen, ob vom Gegner behauptete Thatsachen ausdrücklich widersprochen werden sollen, oder nicht (vergl. § 129); das Fragerecht dient zur Erläuterung des Vorgetragenen, nicht aber zur Belehrung der Parteien über dasjenige, was sie in ihrem Interesse zu thun haben.[6])

„Die Beweismittel bezeichnet“ d. h. die Beweismittel für die von der Partei vorgebrachten Behauptungen. Der Vorsitzende und das Gericht darf nicht nach Beweismitteln allenfallsiger Thatsachen fragen, die noch gar nicht behauptet sind und so die Partei zum nachträglichen Vorbringen relevanter Thatsachen provociren. Der § will allerdings verhindern, daß für Behauptungen, die nach der Ansicht des Vorsitzenden oder des Gerichts von Relevanz sind, nicht aber nach der Ansicht der behauptenden Partei, ein Beweis nicht anerboten werde,[7]) aber eine Inquisitionstheorie liegt der Civilprozeßordnung fern.

Bezeichnet eine Partei auch auf Befragen für die vom Gegner bestrittenen Behauptungen keine Beweismittel, so gelten sie für unerwiesen, und sind sie relevant, so richtet sich darnach das Urtheil.

Uebrigens droht das Gesetz für die Nichtbeantwortung der gestellten Fragen kein Präjudiz an, doch kann die Unterlassung

---

[5]) Anders im Parteiprozesse, vergl. zu § 464.

[6]) Deshalb ist die Ansicht Leonhards in den Prot. z. hann. E. S. 5249, daß der Vorsitzende eine Partei auf das Unterlassen des Vorbringens einer Einrede, die sie in dem vorbereitenden Schriftsatze angekündigt habe, aufmerksam machen dürfte, nicht zu rechtfertigen, auch nicht vom Standpunkte des Prozeßleitungsrechts aus. Wenn daher der Beklagte behauptet, er sei dem Kläger nichts mehr schuldig, so hat der Vorsitzende zu fragen, warum? und aus dessen Erklärungen die Einrede der Zahlung, Kompensation, Verjährung festzustellen, er darf aber bei der Klage gegen den Bürgen nicht darauf aufmerksam machen, daß diesem die Einrede der Vorausklage zusteht.

[7]) Prot. z. hann. E. 5915—17.

einer Beantwortung, oder die nicht genügende Beantwortung nach § 259 von Einfluß auf die Entscheidung des Gerichts sein. Auch kann eine Vertagung und Fortsetzung der Sitzung behufs der Beantwortung der gestellten Fragen eintreten.[8])

„der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte". Dahin gehört der Mangel der Prozeßfähigkeit und der Legitimation des gesetzlichen Vertreters oder der erforderlichen Ermächtigung zur Prozeßführung (§ 54), die Unzulässigkeit der Prorogation, wenn das angegangene Gericht durch solche nicht zuständig werden kann (§ 40 Abs. 2), der Mangel der Vollmacht im Parteiprozesse (§ 84 Abs. 2), die Prüfung der Frage über die Zulässigkeit und die gesetzliche Form des Einspruchs, der Berufung und der Revision (§§ 303, 497, 525), der Fall des § 302, die Prüfung der sachlichen Zuständigkeit der Amtsgerichte (§ 464 Abs. 2) u. s. w.

„er hat jedem Mitgliede zu gestatten". Das Fragerecht eines Gerichtsmitglieds ist demnach von der Willkür des Vorsitzenden ausgeschlossen, er ist verpflichtet, die Frage zu gestatten, auch wenn er sie für unnöthig oder unzulässig hält, nur das Gericht hat hierüber zu entscheiden (§ 131).

Ein Fragerecht der einen Partei gegenüber der andern[9]) kennt die Civilprozeßordnung nicht. Dagegen kann der Partei oder ihrem Prozeßbevollmächtigten wohl nicht verwehrt sein, den Vorsitzenden auf sachgemäße Fragen an den Gegner aufmerksam zu machen.[10]) Auch nach geschlossener Verhandlung kann das Gericht die Wiedereröffnung der Verhandlung behufs Ausübung des Fragerechts beschließen.[11]) In Versäumnißfällen fällt die Anwendbarkeit des § 130 nicht unbedingt aus, aber jede neue thatsächliche Erklärung ist dem nicht erschienenen Beklagten gegenüber wirkungslos.[12])

---

[8]) Bezüglich der Kosten vergleiche hier § 90.

[9]) Wie es den Parteien gegenüber Zeugen gestattet werden kann (§ 362 Absatz 2).

[10]) In § 137 Abs. 3 des hannover'schen Entwurfs ist das ausdrücklich bestimmt worden.

[11]) Prot. z. norddd. E. S. 306. Vergl. auch die Bemerk. zu § 142.

[12]) Vergl. oben die Bemerk. zu § 3 ad 2 S. 67 und zu § 296.

§ 131.

Wird eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden oder eine von dem Vorsitzenden oder einem Gerichtsmitgliede gestellte Frage von einer bei der Verhandlung betheiligten Person als unzulässig beanstandet, so entscheidet das Gericht.

§ 131 ist durch die Justizkommission des Reichstags geschaffen und gab zu langen Debatten Veranlassung.[1]) Die Justizkommission ging hiebei von der Idee aus, daß der Vorsitzende nicht der Souverain, sondern das Organ des Gerichts sein, immer im Namen und in Vertretung des Gerichts handeln solle, während von Seite des Bundesraths die Befürchtung ausgesprochen wurde, daß die Verhandlungen oft durch Anträge, über die das Gericht zu entscheiden habe, unterbrochen würden.

„Anordnung des Vorsitzenden". Auch auf diese Worte bezieht sich das „unzulässig" in der zweiten Alternative. Der ursprüngliche Vorschlag der Justizkommission wurde dahin modifizirt: „Wird eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden oder die Zulässigkeit einer von dem Vorsitzenden oder einem Gerichtsmitgliede gestellte Frage von einer bei der Verhandlung betheiligten Person beanstandet, so entscheidet das Gericht". Der Bundesrath beantragte hierauf die gegenwärtige Redaktion mit dem Worte „gesetzlich" vor „unzulässig", was aber die Justizkommission abstrich.

Auf Anordnungen des Vorsitzenden, die nicht die Sachleitung betreffen,[2]) ist § 131 nicht anwendbar.

Man war darüber einig, daß unter unzulässig „gesetzlich unzulässig" zu verstehen sei.[3]) Anordnungen des Vorsitzenden können also nur dann beanstandet werden, wenn sie gesetzlich unzulässig sind, nicht aber wenn sie unnöthig, oder nicht zweckentsprechend sind.

---

[1]) Prot. d. J.K. S. 137—139, 526, 663—665. Prot. v. 8. November 1876 S. 1, 2.

[2]) G.V.G. §§ 176 Abs. 2, 177, 181.

[3]) Prot. d. J.K. S. 664.

„gestellte Frage". Was von der Anordnung des Vorsitzenden bemerkt wurde, gilt auch für die gestellten Fragen. Nur unzulässige, nicht auch unzweckmäßige Fragen können beanstandet werden.

„bei der Verhandlung betheiligte Person". Dazu gehören die Gerichtsmitglieder und der Gerichtsschreiber nicht,[4]) wohl aber nicht nur die Parteien, wozu auch Nebenintervenient und Litisdenunciat gehören, sondern auch ihre Prozeßbevollmächtigten, Beistände, Zeugen, Dolmetscher, Sachverständige. Zeugen, Dolmetscher, Sachverständige aber können Fragen an die Parteien nicht beanstanden, sie haben nur das Recht, bestimmte an sie selbst, sei es von dem Vorsitzenden, den Gerichtsmitgliedern, oder den Parteien und ihren Prozeßbevollmächtigten gerichtete Fragen zu beanstanden (§§ 349, 362 Abs. 2, 373). § 131 bezieht sich nur auf Feststellung des Sachverhalts.[5])

„beanstandet". Es wird erfordert, daß eine der bei der Verhandlung betheiligten Personen die Zulässigkeit der Anordnung oder der Frage vor deren Beantwortung bestreitet, hiebei ist es aber gleichgültig, ob die Frage an die sie als unzulässig bestreitende Person, oder eine andere bei der Verhandlung betheiligte Person gestellt wurde. Jede Partei muß das Recht haben, sich unzulässigen Fragen an die Gegenpartei, durch deren Beantwortung für sie prozessuale Nachtheile entstehen können, zu widersetzen. Die Anwendbarkeit des § 131 fällt weg, wenn Anordnungen des Vorsitzenden außerhalb des Termins in Frage kommen, wie z. B. die Anberaumung eines Termins auf eine eingereichte Klage (§ 193 Abs. 2), wohl ist aber § 131 anwendbar bei der Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung.

Gegen die Entscheidung des Gerichts findet unter Umständen Beschwerde statt. Wenn nur eine Partei den Anordnungen des Vorsitzenden entgegentritt und dieser äußert sich wieder der Partei

---

[4]) Deutlicher hatte Dr. Bähr in seinem betreffenden Antrag „von den vor Gericht handelnden Personen" gesprochen. Prot. d. J.K. S. 137 a. A. Vergl. auch § 44.

[5]) Vergl. auch Prot. z. hann. E. S. 131.

gegenüber, so liegt hierin keine mündliche Verhandlung im Sinne des § 530, auch wird ein Antrag an das Gericht, die Anordnung des Vorsitzenden außer Wirksamkeit zu setzen, als ein das Verfahren betreffendes Gesuch im Sinne des § 530 zu bezeichnen sein.

§ 132.

Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei zur Aufklärung des Sachverhältnisses anordnen.

In den Motiven zu § 130 ist bemerkt: Der Entwurf hat Bedenken getragen, dem Gerichte die Befugniß beizulegen, das persönliche Erscheinen der Parteien zum Zwecke ihrer Befragung anzuordnen. Der Zwang, persönlich zu erscheinen, involvirt einen Eingriff in die persönliche Freiheit, in die Dispositionsrechte der Parteien, er würde daher nur gerechtfertigt sein, wenn er von erheblichem praktischen Nutzen wäre. Ueberdies bietet die Vorschrift des § 268 die Möglichkeit, die direkte Befragung der Parteien herbeizuführen. Die Ausnahme des § 579 war durch die Natur des Eheverfahrens geboten.[1]) Gleichwohl hat die Justizkommission des Reichstags die Einschaltung des § 132 beschlossen, weil man den Richter in den Stand setzen müsse, der Wahrheit auf den Grund zu kommen; namentlich im Parteiprozesse, wo man oft mit ungeeigneten Vertretern zu thun habe, sei die Citationsbefugniß von ganz besonderem Werthe.[2])

„Das Gericht kann". Damit wird aber hier und in den folgenden Paragraphen ein Antrag der Parteien nicht ausgeschlossen, den allerdings das Gericht gar nicht zu berücksichtigen braucht und auf den auch einen ablehnenden Beschluß zu fassen es nicht verpflichtet ist.

Wenn auch die Citation der Parteien zur Aufklärung des Sachverhältnisses dienen soll, so ist doch die Befugniß hiezu dem Vorsitzenden im Anwaltsprozesse entzogen. Nur durch Gerichts-

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 126.

[2]) Prot. d. J.K. S. 54, 526—527.

beschluß kann das Erscheinen angeordnet werden. Der beauftragte oder ersuchte Richter hat diese Befugniß nicht.[3]) Ein hiemit zusammenhängender von Struckmann gestellter Antrag, die Befragung einem Gerichtsmitgliede oder dem Amtsgerichte des Aufenthaltsortes zu übertragen, wenn die Partei am Erscheinen in der Gerichtssitzung verhindert sei, wurde bei Berathung des Entwurfs abgelehnt.[4])

„einer Partei". Auf Befragen des Mitglieds des Bundesraths für Württemberg, ob man unter Parteien nur „prozeßfähige" oder auch andere Personen verstehe, bemerkte Becker, unter Partei verstehe man nur solche Personen, welche über den Prozeß zu verfügen und gegebenen Falles zu schwören haben.[5]) Aber mit Unrecht! Unter Partei muß hier auch deren gesetzlicher Vertreter verstanden werden, wenn dieser den Prozeß führen läßt, auch wenn er nicht zu schwören hat. Damit, daß das Gesetz sagt „einer Partei" soll nicht die andere ausgeschlossen werden. Sie können — und das ist sicher das Praktischste — Beide zu demselben Termin geladen werden, wie auch einzeln und nach einander. Die Ladung der Parteien erfolgt nach der Bestimmung des § 162.[6])

„zur Aufklärung des Sachverhältnisses", also zur mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Richter. Man denke aber nur nicht an ein Inquisitionsverfahren. Die Fragen an die Partei dürfen sich auch bei der Citation der Parteien nicht weiter als der freiwillig erschienenen gegenüber erstrecken (§ 130). Wenn das Gericht Zweifel hat, ob der Prozeßbevollmächtigte nach dem Willen der Partei handelt, das Vorbringen des Prozeßbevollmächtigten aber ist an sich klar, so berechtigt dieser Zweifel das Gericht nicht zur Vorladung der Partei. Da handelt es sich nicht um eine Aufklärung zweifelhafter thatsächlicher Verhält-

---

[3]) A. M. Puchelt, C.P.O. zu § 132 Nr. 3. Die Analogie des § 268, auf den er sich bezieht, ist doch unzutreffend.

[4]) Prot. d. J.K. S. 52—54.

[5]) Prot. d. J.K. S. 54.

[6]) Ueber die Kosten der Vorladung vergl. S. 378 Anm. 1.

nisse, sondern um eine res interna zwischen Partei und ihrem Prozeßbevollmächtigten.[7])

„anordnen". Wenn die Partei der Anordnung nicht nachkommt, so hat das gar keine besondere Folge. Für das Ausbleiben der Partei trotz der Anordnung besteht kein Präjudiz, nicht einmal das des Kostenersatzes für die erschienene Gegenpartei und der zu § 132 beantragte Zusatz „welche Folge das Nichterscheinen nach sich ziehe, bleibt dem richterlichen Ermessen anheimgegeben" wurde abgelehnt. Erscheinen also die Parteien nicht oder geben sie keine bessere Aufklärung, so bleibt die Sache beim Alten.[8]) Eine unklare Klage kann hiernach möglicher Weise ganz, zum Theil zur Zeit, abgewiesen werden.

Die Zustellung der Ladung an die zu befragende Partei kann nicht immer an diese direkt erfolgen.[9]) Ueber Zulässigkeit einer Beschwerde gegen die Anordnung des Gerichts vergleiche zu § 131 a. E.

§ 133.

Das Gericht kann anordnen, daß eine Partei die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie sich bezogen hat, sowie Stammbäume, Pläne, Risse und sonstige Zeichnungen vorlege.

Das Gericht kann anordnen, daß die vorgelegten Schriftstücke während einer von ihm zu bestimmenden Zeit auf der Gerichtsschreiberei verbleiben.

Das Gericht kann anordnen, daß von den in fremder Sprache abgefaßten Urkunden eine durch einen beeidigten Dolmetscher angefertigte Uebersetzung beigebracht werde.

Das Fragerecht wird vielfach nicht ausreichend sein, das Sachverhältniß klar zu stellen; es sind daher dem Gerichte in den §§ 133—135 weitere Befugnisse beigelegt, welche in gleicher

---

7) A. M. Seuffert, P.O. zu § 132 Bemerk. 5.

8) Ueber Ladung zum Sühneversuch vergl. § 268 Abs. 2, ebenso in Ehesachen § 579.

9) Vergl. Bemerkungen zu § 162.

Weise wie das Fragerecht darauf abzielen, dem Gerichte die für seine Entscheidung nothwendige Grundlage zu verschaffen.[1]) Der Unterschied zwischen der Aufklärung durch Fragestellung (§ 130) und der durch die §§ 133—135 bezweckten besteht aber darin, daß hier nur von einer fakultativen, auch nicht dem Vorsitzenden eingeräumten Berechtigung die Rede ist, das Fragerecht von dem Vorsitzenden aber zur Aufklärung ausgeübt werden muß.

„die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie sich bezogen hat". Hieher gehören auch die Handelsbücher einer Partei, wenn sie sich darauf bezogen hat.[2]) Andere Urkunden als die, worauf sich die Partei bezogen, fallen nicht unter den § 133, auch nicht Urkunden, auf die sich eine Partei bezogen hat, die aber in den Händen des Gegners sich befinden.[3]) Hier bedarf es eines Antrags (§§ 386, 387), während die §§ 133—135 keinen solchen voraussetzen.

Die Anordnung des Gerichts ist auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Urkunde schon vor der Verhandlung auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt war (§ 125) oder daß die auch dem Gerichte vorliegende Abschrift (§ 124) nicht beanstandet wurde.

„Stammbäume, Risse, Pläne und sonstige Zeichnungen". Hier wird nicht vorausgesetzt, daß sich solche in den Händen der Partei befinden oder daß sie sich auf solche bezogen hat, ja es ist nicht nothwendig, daß sie überhaupt existiren, die Partei hat sie anzufertigen oder anfertigen zu lassen.[4]) Für die Unterlassung der nach §§ 133 und 134 getroffenen Anordnungen

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 127—129.

[2]) Art. 39 des A.D.H.G. ist durch § 13 Nr. 2 d. E.G. z. C.P.O. aufgehoben. Ueber die Handelsbücher des Gegners vergl. § 37 Satz 1 des A.D.H.G. (Satz 2 ist gleichfalls aufgehoben) und die §§ 386—388.

[3]) Prot. z. hann. E. S. 130. § 79 Abs. 1 des A.D H.G. ist nicht aufgehoben. Zur Anordnung der Vorlage des Tagebuchs eines Handelsmäklers ist nicht nothwendig, daß sich eine Partei darauf bezogen hat.

[4]) Der hannover'sche Entwurf § 140 und der norddeutsche Entwurf § 314 hat sich deutlicher dahin ausgedrückt, daß Stammbäume u. s. w. beigebracht werden.

besteht kein Präjudiz; sie kann aber auch hier nach § 259 von Einfluß sein. Trotzdem der § die Vorstreckung einer bestimmten Frist oder die Anordnung eines Termins zur Vorlage, wohl wegen des Nichtbestehen eines Präjudizes, nicht vorschreibt, ist doch ein solcher Termin nothwendig, damit der Prozeß von der Partei, wenn nicht von Amtswegen Veranlassung hiezu gegeben ist, weiter betrieben werde.[5]) Die Unzulässigkeit der Beschwerde gegen den Gerichtsbeschluß ist nicht zu bezweifeln. Es handelt sich hier nicht um die Abweisung eines Parteiantrages, wie im Falle des § 131, sondern um eine fakultative Verfügung des Gerichts, für welche die Beschwerde nicht besonders zulässig erklärt ist. Auch gegen die Anordnung der Vorlage findet keine Beschwerde statt.

„von den in fremder Sprache abgefaßten Urkunden". Aus Abs. 3 ergiebt sich, daß überhaupt eine Uebersetzung solcher Urkunden nicht geboten ist. Als Dolmetscher kann hier nicht der Gerichtsschreiber als solcher benutzt werden,[6]) wohl aber jeder Sprachlehrer.

§ 134.

Das Gericht kann anordnen, daß die Parteien die in ihrem Besitze befindlichen Akten vorlegen, soweit dieselben aus Schriftstücken bestehen, welche die Verhandlung und die Entscheidung der Sache betreffen.

„welche die Entscheidung der Sache betreffen". Es fragt sich, ob hier alle Schriftstücke inbegriffen sind, auch solche, auf welche sich eine Partei nicht bezogen und die sie nicht benützt hat.[1]) Das ist nicht der Fall. Der § wurde aus § 324 Abs. 1 des württemberger Entwurfs[2]) in den norddeutschen Entwurf als

[5]) Das Gericht wird in der Regel, wenn es die Anwendbarkeit des § 133 geboten erachtet, die Verhandlung abbrechen und zur Fortsetzung sowie zur Vorlage der Urkunden u. s. w. einen weiteren Termin anberaumen.

[6]) Vgl. S. 493—494. Wird er als Sprachverständiger benützt, so ist er besonders zu beeidigen.

[1]) Was Uebel, Comm. d. C.P.O. zu § 130—135 Nr. 7 bejaht.

[2]) Der deutlicher von eingereichten Schriftsätzen spricht.

§ 400 aufgenommen, wobei anerkannt wurde, daß es sich nur um Schriftstücke handle, welche einen Theil der Gerichtsakten bilden. Der Zweck des § ist Ergänzung der Akten, und auch der Parteiakten durch das Gericht, namentlich weil die Partei nicht verpflichtet ist, ihre Manualakten der Gegenpartei zu ediren.[3]) Der Richter darf Schriftsätze, welche die Partei nicht benützt hat, auch wenn sie sich auf die Verhandlung beziehen und neue Beweismittel nicht benützen,[4]) wenn er solche in den Akten findet. Liegt in den Akten ein Urtheil eines andern Gerichts, wornach dieselbe Sache zwischen den Parteien schon entschieden ist, so ist dieser Umstand so lange ohne Einfluß, als nicht die exceptio rei judicatae geltend gemacht wird.[5]) Die Akten, um die es sich handelt, werden in der Regel die Parteiakten der Anwälte sein;[6]) im Parteiprozesse kann der Partei nicht wohl zugemuthet werden, ordentliche Handakten anzulegen. Gerichtsakten, auf welche sich eine Partei im Prozesse bezieht, können nur auf Antrag der Parteien erholt werden, nicht von Amtswegen. Ein hierauf bezüglicher Antrag wurde bei der Berathung abgelehnt.[7]) Für die Nichtbefolgung der Anordnung besteht kein Präjudiz und findet gegen die Anordnung keine Beschwerde statt.[8])

---

[3]) Prot. z. nordd. E. S. 440—441, Motive zu Art. 316 der württemb. C.P.O. (§ 324 d. Entw.)

[4]) Es kommt häufig vor, daß bei größerer Korrespondenz gerade die wichtigsten Briefe nicht benützt werden.

[5]) Im württemb. Comm.-B. S. 192 wird bemerkt: Indem die Commission dem Art. 324 beipflichtet, nimmt sie an, der Richter werde, wenn eine Partei geltend macht, daß das einverlangte Aktenstück in seitdem beigefügten Randnoten Parteigeheimnisse oder sonst nicht zur Vorlage geeignete Bemerkungen enthalte, nur aus erheblichen Gründen auf Vorlage des Aktenstücks selbst bestehen, in anderen Fällen sich aber mit der Uebergabe einer beglaubigten Abschrift begnügen, und auch im ersteren Falle auf den Antrag der Partei dafür sorgen, daß die nicht den Schriftsatz selbst bildenden Zuthaten nicht zur Kenntniß des Gegners kommen. — Die württembergische Ständeversammlung trat dieser Ansicht bei.

[6]) Namentlich kann es bei gegenseitigen Zustellungen für das Gericht von Interesse sein, zu erfahren, ob sie formell und materiell richtig erfolgten.

[7]) Prot. d. J.-K. S. 54. Vergl. § 397.

[8]) Vergl. hierüber die Bemerk. zu § 133.

§ 135.

Das Gericht kann die Einnahme des Augenscheins, sowie die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften, welche eine auf Antrag angeordnete Einnahme des Augenscheins oder Begutachtung durch Sachverständige zum Gegenstande haben.

Das Gesetz faßt den Augenschein und die Begutachtung durch Sachverständige hier nicht als Beweismittel auf (§§ 336 ff., 367 ff.), sondern als Mittel, den Streitgegenstand festzustellen und besser zu veranschaulichen, zur Aufklärung der Sache, also vor einer Beweisaufnahme und ohne daß eine solche durch Augenschein und Sachverständige beantragt ist.[1]) Hieraus folgt, daß sich der Augenschein und die Begutachtung durch Sachverständige nur auf solche Thatsachen erstrecken darf, die geeignet sind, das Sachverhältniß in der Weise klar zu stellen, wie dies durch das Fragerecht beabsichtigt wird,[2]) nicht auf neue von den Parteien gar nicht behauptete Thatsachen, das würde der der Civilprozeßordnung zu Grunde liegenden Verhandlungsmaxime widerstreiten.

Nach dem Schlusse der Verhandlung ist die Anwendung des § 135 unzulässig;[3]) denn die Vornahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige kann nicht dazu dienen, einen von der Partei versäumten Beweis zu ergänzen.[4]) Dagegen versteht sich von selbst, daß auch in der Berufungsinstanz die Einnahme des Augenscheins[5]) und die Begutachtung durch Sach-

---

[1]) Deßhalb kann ein von Amtswegen aufgenommener Augenschein auch nicht zur Sicherung des Beweises nach §§ 447, 448 benützt werden. Aber die durch Augenschein gewonnene Kenntniß des wahren Sachverhalts ist gerichtskundig geworden und kann daher nicht unbeachtet bleiben. Prot. z. hann. E. S. 2122.

[2]) Vergl. die Bemerk. zu § 133 a. A.

[3]) Nicht aber nach Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142).

[4]) Wohl deshalb wurde im § 135 die Bestimmung des hannover'schen Entwurfs § 141 und nordd. Entwurfs § 315 „in jeder Lage des Rechtsstreits" beseitigt.

[5]) Daß hier bei Aufnahme des Augenscheins auch Sachverständige beigezogen werden könnten, gilt als selbstverständlich. Prot. z. nordd. E. S. 296.

verständige von Amtswegen statt hat, wenn zur Aufklärung neuer in der oberen Instanz vorgebrachter Thatsachen dies nothwendig wird.

Eine Zeugenvernehmung von Amtswegen zur Aufklärung des Sachverhalts ist ausgeschlossen.[6])

§ 136.

Das Gericht kann anordnen, daß mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden.

Dasselbe gilt, wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht.

Die § 136 und 137 treffen durch das dem Gerichte eingeräumte Trennungsrecht Vorkehr, daß trotz massiger Anhäufung des Prozeßstoffes der mündlichen Verhandlung die Uebersicht und Ordnung bewahrt und daß die mündliche Verhandlung auf das für die Entscheidung nothwendige Maß beschränkt wird.[1])

„Das Gericht kann anordnen". Es ist also bei Anwendung des § 136, 137 (auch 138) an keinen Antrag der Parteien gebunden.

„mehrere erhobene Ansprüche". Es wird hiebei vorausgesetzt, daß auch das Gericht für die einzelnen Ansprüche zuständig ist oder die Zuständigkeit durch Prorogation begründet werden kann. Außerdem besteht allerdings auch ein Trennungsrecht, aber nur der Theil der Ansprüche, für die das Gericht zuständig wird, wird bei diesem entschieden.[2]) Das Trennungsrecht des § 136 besteht aber für Ansprüche jeder Art, selbst wenn blos vermögensrechtliche Ansprüche erhoben werden und der § 136 Abs. 1 unterscheidet nicht, ob die einzelnen Ansprüche in rechtlichem Zusammenhange stehen oder nicht. Also können die Ansprüche der geschiedenen Ehefrau auf Alimentation und auf Anerkennung der

---

[6]) § 450 handelt von der Beweisaufnahme und gehört nicht hieher.

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 130, 131.

[2]) Vergl. die Bemerkungen zu § 5 S. 80.

Vaterschaft zu dem nach der Scheidung gebornen Kinde, wenngleich in einer Klage verbunden, getrennt verhandelt werden.

„in einer Klage". Das Gesetz unterscheidet nicht, ob eine subjektive oder objektive Klaganhäufung stattgefunden hat. Der § 136 bezieht sich auf beide.

„Ansprüche". Unter Anspruch wird die Befugniß verstanden, von einem Andern etwas zu verlangen, es ist keine besondere Art des Rechts, es ist eine Funktion des Rechts, es ist der ausgesprochene Wille einer Partei, von der anderen etwas zu erhalten, mag nun dieses Etwas in Vermögensrechten bestehen oder in Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, in Geltendmachung von Statusfragen[3]) oder der Feststellung der Aechtheit oder Unächtheit einer Urkunde. Der Begriff des Anspruchs ist kein prozeßrechtlicher, er gehört dem materiellen Rechte an.[4])

„wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat".[5]) Die in dem norddeutschen Entwurf enthaltene Beschränkung auf die „Einrede der Kompensation" ist im § 136 Abs. 2 weggelassen, es ist gleichgültig, in welcher Form — durch Einrede oder durch Widerklage — die Gegenforderung geltend gemacht wird.

Der § 274 — welcher dem norddeutschen Entwurf § 421 entnommen, sich lediglich auf den Fall der Geltendmachung der

---

[3]) Für Statusfragen besteht die Feststellungsklage nicht. Vergleiche die Bemerk. zu § 231.

[4]) Struckmann u. Koch, C.P.O. zu §§ 136, 137 unter Bezugnahme auf Windscheidt, Pand. B. I § 43, 44. Diese Bemerkungen werden auch von Seuffert, C.P.O. S. 139 im Allgemeinen reproduzirt.

[5]) Vergl. oben S. 215. Dort ist namentlich bemerkt, daß die Civilprozeßordnung die Bestimmungen der Landesrechte über das Erforderniß der Liquidität oder Liquidabilität der Kompensationsforderungen ausschließt. Hiernach sind die Bestimmungen des Code civil. Art. 1291, preuß. L.R. Thl. I Tit. 16 §§ 359—362, bayer. L.R. Th. IV c. 15 § 1 über die Nothwendigkeit der Liquidität der Kompensationsforderungen im Prozesse beseitigt. Das sächs. bürg. Gesetzbuch verlangt nur Fälligkeit, nicht Liquidität des Kompensationspostens. (§§ 988 ff.) Württemberg hat gemeines Recht. Vergl. auch zu §§ 273, 274. Daß die civilrechtliche Wirkung der Kompensation durch § 136 nicht berührt werde, bedarf wohl keiner Erklärung.

Forderung durch Einrede bezieht, indem der § 273 sich bereits auf die Widerklage miterstreckt — ist eine unabweisliche Konsequenz des im § 136 Abs. 2 ausgesprochenen Grundsatzes, er bestimmt, daß die Trennung auch nach dem Schlusse — durch Theilurtheil — erfolgen kann.

Kommt es während der Verhandlung oder nach dem Schlusse derselben zur Trennung, so kann die Durchführung der Kompensation gefährdet werden, wenn das über die Klage erlassene Urtheil vollstreckt wird. Zur Beseitigung dieses Uebelstandes hatte der nordd. Entwurf § 421 für die Fälle der §§ 136 und 274 vorgeschlagen, daß in dem über die Klage erlassenen Urtheile bestimmt werden könne, daß die Vollstreckung desselben nur gegen Sicherheit zulässig sei. Die Civilprozeßordnung hat eine derartige Vorschrift nicht aufgenommen, weil sie einerseits besorgte, daß dieselbe vielfach der Zweck der §§ 136 Abs. 1 und 274, der Prozeßverschleppung entgegenzutreten, illusorisch machen werde, andererseits aber zum Schutze gefährdeter Interessen des Beklagten die Bestimmungen über den Arrest für ausreichend erachtete.[6])

„nicht in rechtlichem Zusammenhang steht". Bei Berathung des § 316 Abs. 2 des norddeutschen Entwurfs, welcher als Abs. 2 in § 136 aufgenommen wurde, war von der Konnexität die Rede und erst die Redaktionskommission hat daraus den „rechtlichen Zusammenhang" konstruirt.[7]) Was ist unter rechtlichen Zusammenhang zu verstehen? Die Civilprozeßordnung enthält hierüber keine Bestimmung. Wernz bemerkt in seinem Commentar zur bayer. Prozeßordnung: „Es soll damit gesagt sein, die Streitpunkte müßten in einem solchen (sachlichen) Zusammenhange stehen, daß aus der Beurtheilung des einen sich rechtliche Folgen für die Beurtheilung des andern ergeben"[8]) und mit dieser Ansicht stimmen wohl auch die Motive, wenn sie sagen: Denn bei dem Vorhandensein eines solchen (rechtlichen) Zusammenhangs kann eine zutreffende Entscheidung nur abgegeben werden, wenn ein und dasselbe Urtheil

---

6) Bes. Begr. d. E. zu § 130, 131.

7) Prot. z. nordd. E. S. 558 u. 2128.

8) Wernz S. 66.

das Rechtsverhältniß seinem ganzen Umfange nach zusammenfaßt.[9]) Die neuere Theorie nimmt fast allgemein an, Forderungen und Gegenforderungen müßten demselben Rechtsverhältnisse entspringen.[10]) Identität des Rechtsgrundes wird nicht gefordert. Es stehen demnach in rechtlichem Zusammenhange Forderung und Gegenforderung, wenn beide von der Entscheidung desselben Präjudicialpunktes abhängen.

Der § 136 greift auch dann Platz, wenn die Einrede der Kompensation erst im zweiten Rechtszuge geltend gemacht wird (§ 491 Abs. 2).[11]) Die Folgen der Trennung nach § 136 sind nicht nur formelle, sondern auch materielle. In erster Richtung ist anzuführen, daß aus einem Prozesse mehrere entstehen und also auch in verschiedenen Verhandlungen zur Sprache kommen, auch verschiedene Akten anzulegen sind. Daraus folgt aber nicht, daß auch verschiedene Vollmachten auszustellen sind. Wenn die Partei eine Vollmacht mit Rücksicht auf die von ihr bezeichneten Ansprüche (§ 76) ausgestellt hat, hat sie gethan, was das Gesetz verlangt und kann nicht verpflichtet sein, für verschiedene Prozesse, die ohne ihren Willen mit demselben Gegner entstehen, verschiedene Vollmachten auszustellen.[12]) Eine materiell wichtige Folge aber ist, abgesehen von der bereits erwähnten Gefährdung der Kompensationspost, daß durch die Trennung in vielen Fällen unmöglich gemacht werden wird, von dem Rechtsmittel der Revision Gebrauch zu machen, es kann oft die Revisionssumme bei Verbindung der Ansprüche vorhanden sein, aber nicht mehr, wenn sie in getrennten Prozessen entschieden werden.

Auch wird die Rechtshängigkeit der einzelnen Ansprüche durch die Trennung nicht berührt.[13]) Selbst wenn die Gegenforderung unter § 23 Ziff. 2 des G.V.G. fällt, bleibt die Verhandlung bei

---

[9]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 130, 131 Abs. 3 a. E.

[10]) Bl. f. R.A. Bd. XXXI S. 139 Abs. 3, Bd. XXXIV S. 313. E. d. O.G.H. Bd. V S. 412.

[11]) Prot. z. nordd. E. S. 1964.

[12]) Vergl. zu § 76 die Bemerk. zu den Worten „zu den Gerichtsakten abzugeben". Prot. z. nordd. E. S. 296.

[13]) Vergl. S. 81 und die Bemerk. zu § 235.

dem Landgerichte, das bezüglich der zu seiner Zuständigkeit gehörigen Klage eine Trennung der Verhandlung anordnet. Ebenso bleibt das Gericht der gelegenen Sache für beide Klagen zuständig, wenn eine Trennung der nach § 26 verbundenen bei ihm angestellten Klagen stattfindet.

Das Trennungsrecht des § 136 greift auch Platz, wenn in Folge des § 467 ein Rechtsstreit an ein Landgericht verwiesen wurde. Aber hier bleibt nur die Civilkammer zuständig, auch wenn Klage oder Widerklage zur Kammer für Handelssachen gehören sollte, das folgt per argum. a contr. aus § 104 des Gerichtsverfassungsgesetzes,[14]) wenn nicht der Kläger bei der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgerichte den Antrag auf Verhandlung vor der Kammer für Handelssachen gestellt hat (G.V.G. § 102 Abs. 2).

Ein Beispiel der Anwendung des § 136 enthalten die Motive zu § 235.[15]) Gegen den Trennungsbeschluß giebt es keine Beschwerde.

§ 137.

Das Gericht kann anordnen, daß bei mehreren auf denselben Anspruch sich beziehenden selbstständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln (Klagegründen, Einreden, Repliken ꝛc.) die Vertheidigung zunächst auf eines oder einige dieser Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu beschränken sei.

„selbstständigen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln". Von den Ansprüchen wesentlich verschieden — wird Struckmann und Koch, C.P.O. zu §§ 136, 137 Nr. 2[1]) erwähnt — sind die zur Begründung bezw. Bekämpfung dienenden Rechtsbehelfe, welche die C.P.O. unter dem Namen „Angriffs- und Vertheidigungsmittel" zusammenfaßt. Der Begriff umfaßt Alles, was die Par-

---

[14]) Vergl. S. 218 und Anm. 11 daselbst.

[15]) Vergl. die Bemerk. zu § 235 unter „die Einrede der Rechtshängigkeit erheben".

[1]) Und beinahe wörtlich ebenso von Seuffert, C.P.O. zu §§ 136, 137, ad II.

teien zur Durchführung ihrer Intentionen anführen, also Klagegründe, Einreden, Repliken, selbst die Widerklage in Folge ihrer eigenthümlichen prozessualischen Behandlung, aber auch bloße Thatsachen und Beweismittel, obwohl letztere (sowie die Beweiseinreden) zuweilen besonders neben den Angriffs- und Vertheidigungsmitteln genannt werden, und selbst Rechtsmittel. Das ist vollkommen richtig, daraus folgt aber nicht, daß die C.P.O., die sich in ihrer Terminologie gar nicht konsequent bleibt,[2]) unter Angriffs- und Vertheidigungsmitteln immer auch Beweismittel begreift. Die Civilprozeßordnung ist sich dessen auch ganz gut bewußt und hat da, wo sie Angriffs- und Vertheidigungsmittel auf eine bestimmte Art derselben beschränken wollte, dies — wie durch die Inklavirung in den §§ 137, 251 — deutlich zu erkennen gegeben. Die Motive zu § 251 bemerken:[3]) „Während der Entwurf in den §§ 137, 251 für die Auslegung der Ausdrücke „Angriffs- und Vertheidigungsmittel" Anhaltspunkte geben zu müssen glaubte, hat er eine Begriffsbestimmung des Ausdrucks „Beweiseinreden" durch das Gesetz für entbehrlich erachtet.

Als selbstständige Vertheidigungsmittel bezeichnet der § Einreden, Repliken, Dupliken.[4])

Wenn das Gericht die Verhandlung auf eines der behaupteten Angriffs- oder Vertheidigungsmittel beschränkt, wird nicht ausgeschlossen, daß bei der Verhandlung über das andere neue, in der ersten Verhandlung überhaupt nicht geltend gemachte, vorgebracht werden können,[5]) soweit nicht gesetzliche Bestimmungen, wie die des § 247 Abs. 1, entgegenstehen.

Der Unterschied zwischen § 136 und § 137 äußert sich dahin, daß

---

[2]) So werden z. B. § 491 durch das exemplifikatorische „insbesondere" Beweismittel als eine Art von Angriffs- oder Vertheidigungsmittel bezeichnet.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 241, 245, 246.

[4]) Bei Berathung des nordd. Entwurfs verstand man hierunter Einreden u. s. w. im Sinne des materiellen Rechts, welche einen selbstständigen Thatbestand zur Grundlage haben. Prot. z. nordd. E. S. 550, 575—376, das ist auch die allein richtige Interpretation.

[5]) Prot. z. nordd. E. S. 557. Man hielt dies für selbstverständlich.

1) keine verschiedenen in getrennten Akten zu verhandelnden Prozesse entstehen,

2) nur eine successive Entscheidung der einzelnen für ein und denselben Anspruch behaupteten Gründe erfolgen kann. Hiedurch wird in vielen Fällen eine wesentliche Abkürzung des Verfahrens und eine unnöthige mit Kosten verknüpfte Beweisaufnahme vermieden werden.[6]) Wenn A. von dem Testamentserben B. die Herausgabe einer Sache verlangt, weil er Eigenthümer der Sache, diese ihm auch vom Erblasser als Legat vermacht sei, kann vorerst die Frage über das Eigenthum entschieden werden, und fällt die Antwort zu Gunsten des Klägers aus, sind alle weiteren Verhandlungen überflüssig.

Uebrigens ist nach § 137 auch zulässig, daß über einen oder successive über mehrere Klagegründe unter Aussetzung der Verhandlung über Einreden,[7]) Repliken u. s. w. verhandelt wird; fällt jeder Klaggrund weg, so kommt es auf Einreden u. s. w. nicht mehr an. Vielen Klagen wird das Gericht von vornherein ansehen, daß sie unbegründet sind.[8]) Ebenso ist umgekehrt die Verhandlung über verschiedene gegen einen zugestandenen Klaganspruch gemachte Einreden überflüssig, wenn die Verhandlung über eine dieser Einreden dieselbe liquid stellt und den Klaganspruch zerstört.

Es fragt sich, ob auch eine Aussetzung der Verhandlung der Widerklage zulässig ist. In § 251 wird sie unter den Angriffs- und Vertheidigungsmitteln aufgeführt, in § 137 sicher absichtlich nicht. Die Frage ist zu verneinen. Die Widerklage ist, wenn auch in ihrer prozessualen Geltendmachung von der Klage

---

[6]) Daß aber auch das Gegentheil eintreten kann, ist nicht ausgeschlossen. Man denke nur daran, wenn einer Forderung die Einrede der Verjährung, der Kompensation, des Verzichts u. s. w. opponirt wird, es wird über jede einzeln verhandelt, Beweisbeschluß erlassen und erst die letzte der Einrede oder keine zeigt sich als begründet! In solchen Fällen wird eine Beschränkung nach § 137 besser unterlassen.

[7]) Abgesehen natürlich von den prozeßhindernden Einreden (§ 247).

[8]) Ueber mehrere successive zur Verhandlung kommende Klaggründe, Einreden u. s. w. ist in einem Zwischenurtheile zu entscheiden. (§ 575.)

verschieden, doch eine selbstständige Klage, die mit der Hauptklage in sehr entferntem Zusammenhang stehen kann,[9]) und für welche das Gericht zuständig bleibt, auch wenn die Klage mit Einwilligung des Beklagten nach Beginn der mündlichen Verhandlung zurückgenommen wird (§ 243).

Aber von der Widerklage gilt, was für die Klage bemerkt wurde, auch bei der Widerklage kann die Verhandlung auf einen Klaggrund beschränkt werden, wenn für die Widerklage verschiedene Klaggründe geltend gemacht wurden, z. B. die Widerklage auf Annullirung eines Rechtsgeschäftes aus verschiedenen Gründen, von denen der eine eine rasche, der andere eine weitwendige Erledigung voraussetzen läßt.

§ 138.

Das Gericht kann die Verbindung mehrerer bei ihm anhängiger Prozesse derselben oder verschiedener Parteien zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung anordnen, wenn die Ansprüche, welche den Gegenstand dieser Prozesse bilden, im rechtlichen Zusammenhange stehen oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können.

Während der § 136 Abs. 1 dem Gerichte gestattet, subjektiv und objektiv kumulirte Klagen zu trennen, gewährt umgekehrt der § 138 dem Gerichte die Befugniß, bei ihm anhängige Prozesse derselben oder verschiedener Parteien zu verbinden, also eine objektive und subjektive Klagenkumulation von Amtswegen anzuordnen.[1])

„bei ihm anhängiger Prozesse". Anhängig ist eine Streitsache durch Erhebung der Klage (§ 235); da aber der Termin zur Verhandlung durch den Vorsitzenden bestimmt wird (§ 193),

---

[9]) Vergl. S. 214. Als Beispiel einer mit einem Beweismittel gegen die Klage in Zusammenhang stehenden Widerklage mag dienen, wenn in einer Quittung über die vom Kläger beanspruchte Zahlung der Kläger zugleich bekennt, vom Beklagten ein Darlehen erhalten zu haben und dieses nun reconvenienda gefordert wird.

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 132.

so muß wohl dieser schon bei Ansetzung des Termins dahin wirken, daß die verschiedenen Prozesse gleichzeitig zur Verhandlung kommen, auch dieselben zusammen aufrufen, damit ein Gerichtsbeschluß erzielt wird, ob eine Verbindung der mehreren Prozesse stattfinden soll. Dieser Beschluß ist dann im Termine (§ 197) zu verkünden, und wenn nicht der Verhandlungstermin für die verbundenen Prozesse stattfinden kann, ein anderweitiger Termin anzuberaumen. Es ist nicht geboten, daß die Richter, welche die Verbindung angeordnet haben, auch die erkennenden sind.[2]) Der § setzt natürlich auch voraus, daß für die anhängigen Prozesse dasselbe Verfahren stattfindet. Rechtsstreitigkeiten in Ehesachen und andere bürgerliche Rechtsstreitigkeiten dürfen nicht verbunden werden, wohl aber verschiedene Klagen in Ehesachen (§ 575). Es besteht auch kein Grund, die Verbindung von Klagen im Urkunden- und Wechselprozesse auszuschließen, aber jeder Kläger kann durch den Rücktritt vom Urkundenprozesse (§ 559) die Verbindung wieder lösen.

„zum Zwecke der gleichmäßigen Verhandlung und Entscheidung". Die Verbindung ist demnach unzulässig, wenn in dem einen Rechtsstreite schon verhandelt ist, dagegen ist die Verbindung zulässig, wenn in einem der zu verbindenden Rechtsstreite wegen einer prozeßhindernden Einrede eine abgesonderte Verhandlung stattfindet, gleichwohl aber zur Hauptsache verhandelt wird (§ 248).

„in rechtlichem Zusammenhange stehen". Vergleiche hierüber zu § 136.

„oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können". Dahin gehören namentlich die Fälle der §§ 56, 57. Gerade um die Fälle der unächten Streitgenossenschaft, in welchen von einem rechtlichen Zusammenhang der einzelnen Rechtsstreite nicht geredet werden kann, wenn z. B. ein Gutsbesitzer gegen verschiedene Pächter gesonderte Klagen erhebt, welche sich auf einen wörtlich gleichlautenden Pachtvertrag stützen, von dem § nicht auszuschließen,

---

[2]) Ueber Verbindung des Interventionsprozesses mit dem Hauptprozesse vergl. S. 333.

wurde dem ganz gleichen § 144 des hannover'schen Entwurfs die zweite Alternative beigefügt.[3]) Handelt es sich um die Verbindung mehrerer Prozesse zwischen demselben Kläger und Beklagten, so tritt hier in § 232 eine Ausnahme ein.

Sind die Klagen bei demselben Gerichte erhoben, so kann sie das Gericht verbinden zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und wird hier für die eine Streitsache die Einrede der Unzuständigkeit begründet, so kann sie durch Theilurtheil erledigt werden. Es ist doch vorauszusetzen, daß kein Gericht von seiner Verbindungsbefugniß Gebrauch machen wird, wenn es nur für die eine Klage zuständig ist, die andere aber wegen Unzuständigkeit von Amtswegen abgewiesen werden muß.

Die Verbindung der Prozesse, wovon die eine Klage bei der Civilkammer, die andere bei der Kammer für Handelssachen verhandelt werden soll, ist unzulässig. Der Kläger, der die Verhandlung einer Klage bei der Kammer für Handelssachen verlangen kann, hat ein Recht darauf, daß diese von Richtern entschieden werde, die nur für solche Klagen bestellt sind, auch ist in Ländern, wo ein oberstes Landesgericht besteht, für diese Klagen und die zur Zuständigkeit der Civilkammern gehörigen die Revisionsinstanz eine verschiedene.[4]) Wie die Trennung der Klageansprüche nach Art. 136 für das Rechtsmittel der Revision von Einfluß ist, so ist es auch die Verbindung der Prozesse in entgegengesetzter Richtung. Klagen, deren Beschwerdegegenstand einzeln nicht die Revisionssumme entzifferte, können verbunden revisibel werden.

Der § 138 existirt wie der § 136 auch für die höhere Instanz, aber natürlich nur für Prozesse derselben Instanz.

§ 139.

Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Theil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand eines andern anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde

---

[3]) Prot. z. hann. E. S. 5031—5032.

[4]) Vergl. indessen § 1 Anm. 97 und die Bemerk. zu § 507.

festzustellen ist, anordnen, daß die Verhandlung bis zur Erledigung des andern Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei.

„von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses", d. h. es soll eine andere Entscheidung derartig präjudiziell für die auszusetzende Verhandlung sein, daß die Entscheidung in der letzteren durch die erstere bedingt ist, das kann auch bei der Hauptintervention der Fall sein.[1]) Ohne Einfluß ist, ob hierüber bei einem anderen Gerichte entschieden werden soll,[2]) wenn allerdings auch ein Rechtsstreit, der bei demselben Gerichte anhängig ist, unter § 139 fällt, wenn z. B. A. gegen B. als Erben des C. klagt und ein Prozeß zwischen B. und D. als Intestat-, Testaments- oder Vertragserben über das Recht des B. zum Nachlasse des C. anhängig ist. Die Entscheidung des Prozesses zwischen B. und D. ist präjudiziell für jenen zwischen A. und B. und muß sich A. auch dieser Entscheidung fügen.

„oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist". Das Gesetz begreift hierunter alle Rechtsverhältnisse, die der Kognition der Gerichte entzogen sind, wie z. B. die Frage, ob Kläger oder Beklagter Ausländer sind, ob eine Stiftung die Anerkennung des Staats erhalten hat und als Rechtssubjekt betrachtet werden kann, die Fälle der §§ 150, 155 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873.[3])

„bis zur Erledigung" ist nicht gleichbedeutend mit „bis nach rechtskräftiger Entscheidung". Wenn ein präjudizieller Rechtsstreit durch Vergleich, Stattgeben oder Verzicht erledigt wird, hört die Vertagung auf.[4])

Die Motive zu § 206[5]) zählen den § 139 zu denjenigen Fällen, in denen eine Ladung zu einem neuen Termine von Amtswegen zu erfolgen hat. Dagegen erwähnen die Motive zu

---

[1]) Vergl. zu § 62.

[2]) Prot. z. hann. E. S. 152.

[3]) Ueber § 29 der Beilage IX zur bayer. V. Urk. vergl. § 20 a. E.

[4]) Württemb. Comm.-Ber. zu Art. 206.

[5]) Vergleiche die zu diesem allegirte Stelle.

§ 217—229 (§§ 209—221 des Entwurfs) zum fünften Titel die §§ 139, 140 als besondere Fälle, in denen der Hauptprozeß — nicht blos die Verhandlung — von Amtswegen ausgesetzt werden kann.[6])

Es fragt sich nun, wie § 227 (§ 219 d. E.), wornach die Partei mittelst Zustellung eines Schriftsatzes ein unterbrochenes oder ausgesetztes Verfahren wieder aufnehmen muß, mit vorstehenden Motiven zu vereinigen ist und ob im Falle des § 139 das Gericht die Parteien zur Fortsetzung des Verfahrens von Amtswegen laden darf?

Vor Allem ist zu bemerken, daß Aussetzung der Verhandlung und des Verfahrens nicht scharf zu unterscheiden sind. So ist in den Motiven zu § 139 bemerkt, daß die Anordnung einer Trennung, Verbindung oder Aussetzung prozeßleitender Natur sei und von dem Gerichte, das sie erlassen, wieder aufgehoben werden könne, auch, soweit sie die Aussetzung des Verfahrens zum Gegenstande habe — was sich doch nur auf § 139 beziehen kann — nach § 229 der Beschwerde unterliege. Hieraus geht einerseits das Anerkennen des Beschwerderechts des § 229 auch für § 139, anderseits aber hervor, daß Verfahren und Verhandlung als gleichbedeutend gebraucht werden. Der § 62, auf welchen die Motive zu 227 (209—221 d. E.) hinweisen,[7]) enthält keine Beschränkung auf die „Verhandlung", er steht auch nicht in dem Titel „von der Verhandlung", beides spricht vielmehr für ein Aussetzen des Verfahrens. In den Motiven zu § 62 ist verwiesen auf § 139 und zwar mit den Worten „auch kann nach § 139 das Gericht die Aussetzung des Hauptprozesses von Amtswegen anordnen", also auch hier ist die Aussetzung der Verhandlung in § 139 und Aussetzung des Hauptprozesses gleich genommen.

Wenn aber Aussetzung der Verhandlung und Aussetzung des Verfahrens im Allgemeinen als gleichbedeutend erachtet werden müssen, so kann § 227 nur die Bedeutung haben, daß, abgesehen

---

[6]) Vergl. die Bemerk. zu § 217.

[7]) Bemerk. zu § 217.

von den Fällen der Aussetzung des Verfahrens kraft des Gesetzes und der Unanwendbarkeit des § 141 auf diese,[8]) der Prozeßbetrieb der Partei nach Wegfall der bestehenden Hindernisse sich nach der in § 227 vorgeschriebenen Form zu richten habe, wobei die desfallsige Bestimmung durch jene in § 462 ihre Schranke findet. Der § 227 bildet daher eine nothwendige Ergänzung der §§ 217—221, auch §§ 223, 224.

Es steht also der § 227 nicht entgegen, daß das Gericht bei von Amtswegen erfolgender Wiederaufhebung der in den §§ 139, 140 getroffenen Anordnungen die Parteien zu einem neuen Termine auch von Amtswegen vorladet[9]) (§ 206 in Verbindung mit § 141), ebenso gut wie im Falle des § 142.

Es ist weiter auf die Ansicht der Motive zu §§ 217—229 (§§ 209—221 des Entwurfs) Rücksicht zu nehmen. Dort wird bemerkt: Der einmal anhängig gewordene Prozeß muß ohne Stillstand zu Ende geführt werden können. Hiefür sorgt der Entwurf durch die Bestimmungen über den Prozeßbetrieb, vermöge deren der unterbrochene Fortgang des Verfahrens theils der Thätigkeit der einen oder andern Partei, theils der Amtspflicht unterstellt ist.

Für die Annahme, daß in den Fällen der Aufhebung der in §§ 139, 140, 142 getroffenen Anordnungen das Gericht die Parteien von Amtswegen zu laden hat, spricht auch die Analogie des § 335 letzter Absatz.

„bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde“. Darunter fällt nun freilich die Entscheidung eines Verwaltungsgerichtshofes nicht,[10]) aber dessen Entscheidungen können so präjudizieller Natur sein,[11]) daß es wohl im Sinne der § 139 liegt, sie darunter zu subsumiren.

Ueber den Antrag einer Partei auf Aussetzung der Verhandlung sind die Bemerkungen zu § 225 unter „über das Gesuch um Aussetzung“ zu vergleichen.

---

[8]) Vergl. die Bemerk. zu § 141.

[9]) Was Puchelt C.P.O. zu § 191 Nr. 3 verneint.

[10]) § 13 des G.V.G. nennt sie beide nebeneinander, S. 9.

[11]) Vergl. § 11 des E.G. zu G.V.G. oben Seite 39.

§ 140.

Das Gericht kann, wenn sich im Laufe eines Rechtsstreits der Verdacht einer strafbaren Handlung ergiebt, deren Ermittelung auf die Entscheidung von Einfluß ist, die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens anordnen.

„strafbaren Handlung“. Diese Worte umfassen die nach der Reichsgesetzgebung sowie die nach Landesgesetzgebung strafbaren Handlungen, namentlich die polizeilich strafbaren.

„deren Ermittelung auf die Entscheidung von Einfluß ist“, also nicht blos einer von den Betheiligten am Prozesse begangenen strafbaren Handlung; auch strafbare Handlungen dritter Personen gehören hieher, wie z. B. die Fälschung eines gegen den Acceptanten eingeklagten Wechsels, wenn letzterer behauptet, daß die Fälschung nach dem Accepte stattgefunden habe, der Wechsel aber verschiedene Giros hat. In erster Linie gehört hieher der Verdacht des Meineids gegen eine Partei, auch gegen Zeugen, der Fälschung einer Urkunde u. dgl., insofern diese Punkte auf die Entscheidung von Einfluß sind.[1]) Nicht hieher gehört die Entscheidung der Frage, ob der Beklagte eine strafbare Handlung, die den Gegenstand der Klage bildet, begangen hat, also wenn z. B. die condictio furtiva gestellt ist, ob der Beklagte wegen Diebstahls verurtheilt wird oder nicht. Diese Verurtheilung präjudizirt dem Civilverfahren nicht.

Hier ist § 14 Nr. 1 des E.G. zur C.P.O. zu erwähnen, welcher bestimmt:

Außer Kraft treten insbesondere:

1. **die Vorschriften über die bindende Kraft des strafgerichtlichen Urtheils für den Civilrichter.**

„Erledigung des Strafverfahrens“. Darunter ist nicht blos die Verurtheilung oder Freisprechung einer Person zu verstehen, sondern es gehören darunter alle Fälle, in denen faktisch das

---

[1]) Also z. B. nicht, wenn der Produkt eine gefälschte Urkunde, auf die er keinen Werth legt, für den vorliegenden Fall als ächt anerkennt. Prot. z. hann. E. S. 2590.

Strafverfahren beendigt ist, also auch Einstellung des Strafverfahrens, ja selbst der Fall, daß ein solches auf Mittheilung des Civilrichters gar nicht eingeleitet wird.

Für die neuerliche Ladung der Parteien gilt das zu § 139 Bemerkte. Der § 140 wird von den Motiven[2]) gleichfalls zu den Fällen gerechnet, in welchen eine neuerliche Ladung der Parteien von Amtswegen zu erfolgen hat.

Auch hier ist Beschwerde gegen die Aussetzung der Verhandlung gestattet (§ 229).

§ 141.

Das Gericht kann die von ihm erlassenen, eine Trennung, Verbindung oder Aussetzung betreffenden Anordnungen wieder aufheben.

„Aussetzung". Es ist daran zu erinnern, daß die Civilprozeßordnung Aussetzung der Verhandlung und Aussetzung des Verfahrens nicht scharf scheidet.

„die von ihm erlassenen". Hieher gehören die gesetzlichen Anordnungen über Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens[1]) nicht.[2]) Die Zurücknahme des Aussetzungsbeschlusses muß dem Gerichte schon aus dem Grunde zustehen, weil sonst, wenn der präjudizielle Prozeß oder ein Administrativerfahren liegen bleibt, auch der ausgesetzte Prozeß liegen bleiben müßte.

Die Anordnung der Trennung, Verbindung oder Aussetzung ist prozeßleitender Natur,[3]) sie kann daher, wie § 141 ausdrücklich vorschreibt, von dem Gerichte, welches sie erlassen hat, wieder aufgehoben werden, auch unterliegt sie, soweit sie die Aussetzung des Verfahrens zum Gegenstande hat, nach § 229 der Anfechtung durch das Rechtsmittel der Beschwerde.[4]) Eine Aufhebung der

---

[2]) Vergl. zu § 206.

[1]) Vergl. fünften Titel. Im Falle des § 224 kann aber das Gericht die Aussetzung auch wieder von Amtswegen aufheben.

[2]) Prot. z. hann. Entw. S. 6513, Prot. z. nordd. E. S. 305.

[3]) Vergl. auch Prot. z. hann. E. S. 5919.

[4]) Bes. Begr. d. E. zu § 135.

Aussetzung wird namentlich dann einzutreten haben, wenn eine Administrativbehörde die ihr angesonnene Entscheidung ablehnt oder eine strafrechtliche Untersuchung sich voraussichtlich verzögern wird, während die Civilsache einer Beschleunigung bedarf.

Der Beschluß über Aufhebung ist den Parteien von Amtswegen bekannt zu geben (§ 294), hierauf tritt die Thätigkeit der Partei für den Prozeßbetrieb wieder ein, insofern das Gericht nicht von Amtswegen thätig zu sein hat. Die Wiedereröffnung einer ausgesetzten Verhandlung kann aber nur durch Anberaumung eines neuen Termins bewerkstelligt werden, wozu das Gericht die Parteien zu laden hat.[5]) Hier ist noch des § 15 Nr. 1 des E.G. der C.P.O. zu erwähnen. Dieselbe lautet:

Unberührt bleiben:

1. die landesgesetzlichen Vorschriften über die Einstellung des Verfahrens für den Fall, daß ein Kompetenz-Konflikt zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten entsteht.

Nach § 6 des bayerischen Gesetzes vom 28. Mai 1850, die Kompetenzkonflikte betr., hat das Gericht bei einem Kompetenzkonflikt mit einer Verwaltungsbehörde, sobald diese den Kompetenzkonflikt angeregt hat, mit dem Verfahren in der Hauptsache bei Strafe der Nichtigkeit inne zu halten.

Für Sachsen sind die Bestimmungen des Gesetzes vom 13. Juni 1840, die Behörde für Entscheidung in letzter Instanz über Kompetenzzweifel zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden betr., maßgebend.

Württemberg hat kein Gesetz über Entscheidung von Kompetenzkonflikten. Das Verfahren richtet sich hier nach § 59 der Verfassungsurkunde.[6])

§ 142.

Das Gericht kann die Wiedereröffnung einer Verhandlung, welche geschlossen war, anordnen.

---

[5]) So auch z. B., wenn während der Verhandlung eine Partei plötzlich erkrankt. Vergl. auch die Bemerk. zu § 139.

[6]) Vergl. Berner-Schäfer des Verf. in bürg. Streitf. S. 87 ff.

Wenn die Sache nach Ansicht des Gerichts vollständig erörtert ist, schließt der Vorsitzende die Verhandlung (§ 127 Abs. 4). Ergiebt sich jedoch bei Berathung der Entscheidung, daß in der einen oder andern Beziehung die Erörterung nicht vollständig gewesen ist, so kann das Gericht nach § 142 die Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung anordnen. Die Wiedereröffnung hat zur Folge, daß die geschlossene Verhandlung ihrem ganzen Umfange nach von Neuem eröffnet wird, so daß sich die wieder eröffnete Verhandlung auch auf andere Punkte erstrecken kann, als welche zur Wiedereröffnung den Anlaß gegeben haben.[1]) Alles bei der vorgehenden Verhandlung von einer Partei Versäumte kann sie rechtsgiltig nachholen, ebenso lebt das Fragerecht des Gerichts wieder auf[2]) und das Recht des Gerichts zur Feststellung des Streitgegenstands Einnahme des Augenscheins und Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen.

Die Parteien haben kein Recht, die Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung zu beantragen. Die Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung kann öfter nothwendig werden, selbst wenn die Sache vollständig aufgeklärt ist, z. B. wenn ein Richter während der Berathung plötzlich stirbt.

Auch im Falle des § 142 handelt das Gericht von Amtswegen und hat die Parteien zu dem neuen Verhandlungstermine selbst vorzuladen.[3]) Wenn daher nach geschlossener Verhandlung das Gericht sich zurückzieht, um einen Beschluß oder ein Urtheil zu berathen oder zu verkünden, die eine Partei aber entfernt sich, ohne dies abzuwarten, so kann die Verhandlung, wenn der Beschluß auf deren Wiedereröffnung verkündet wird, nicht sofort wieder beginnen und die anwesende Partei einen Kontumazialantrag stellen — denn die Partei hat den Termin, zu dem sie geladen war, nicht versäumt (§ 127 vergl. mit §§ 197 Abs. 2, 251 Abs. 1) — sondern es muß, wenn nicht beide Parteien in die

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 136. Prot. z. nordd. E. S. 305, 306, 556, 626.

[2]) Vergl. S. 522. Prot. z. hann. E. S. 5923—5924.

[3]) Die Motive zu § 206 zählen auch den § 142 zu den Fällen in denen die Ladung von Amtswegen zu erfolgen habe. Vergl. Bemerk. zu § 206.

Verhandlung eintreten, entweder im Beschlusse sogleich der neue Termin anberaumt oder jede Partei von Amtswegen zu diesem geladen werden (§§ 195, 294 Abs. 3).[4]) Bei Anberaumung des neuen Termins ist die Ladungsfrist (§ 194) zu berücksichtigen.

§ 143.

Das Gericht kann Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen, denen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage mangelt, den weiteren Vortrag untersagen.

Das Gericht kann Bevollmächtigte und Beistände, welche das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, zurückweisen.

Eine Anfechtung dieser Anordnungen findet nicht statt.

Auf Rechtsanwälte finden die Vorschriften dieses Paragraphen keine Anwendung.

„denen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage mangelt", d. h. die körperliche wie die geistige Fähigkeit. Hieher gehören Parteien u. s. w., wenn sie stottern oder so konfus sind, daß nichts aus ihnen herauszubringen ist.[1]) Dagegen ist im Allgemeinen die Unkenntniß der deutschen Sprache auf Seite der Parteien, Bevollmächtigten oder Beistände kein Grund, ihnen den Vortrag zu untersagen. Es treten hier die Bestimmungen des § 187 des G.V.G. ein (s. § 119), wohl aber kann eine Untersagung stattfinden, wenn der Ausländer auch in seiner Muttersprache nicht die nach § 143 erforderliche Fähigkeit besitzt, was im Falle des Abs. 2 des § 187 des G.V.G. das Gericht selbst beurtheilen kann.[2])

Der Abs. 2 des § bezweckt, dem Entstehen und verderblichen Treiben der Winkeladvokatur entgegenzutreten.

Dagegen ist Abs. 2 des § nicht anzuwenden auf bei Rechtsanwälten in der Praxis befindlichen Rechtskonzipienten, welche

[4]) Vergl. die Bemerk. aus den Motiven zu § 206.

[1]) So äußerte sich der Vertreter des Bundesraths von Amsberg bei der Berathung im Reichstage. Stenographische Berichte 1876 Bd. I S. 173—174.

[2]) Andernfalls muß die Erklärung des Dolmetschers für die Handlungsweise des Gerichts wohl maßgebend sein.

von ihrem zum Prozesse bevollmächtigten Prinzipale substituirt werden.

„geschäftsmäßig". Die Motive bemerken: „geschäftsmäßig im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs genommen, so daß der Nachweis der Honorirung nicht geführt zu werden braucht."[3]) Hieraus geht hervor, daß Rechtskonzipienten, die nicht substituirt worden sind, sowie Rechtspraktikanten, die für Andere mündlich vor Gericht verhandeln, unter § 143 fallen können.

Die Folge der Untersagung des weiteren Vortrags oder der Zurückweisung der in Abs. 2 bezeichneten Personen ist eine Vertagung der Verhandlung.[4]) Erscheinen die in Abs. 1 und 2 bezeichneten Personen trotz der Untersagung oder Zurückweisung von Neuem und wird die Untersagung oder Zurückweisung von Neuem ausgesprochen, so ist die Partei, wenn die Anordnung gegen sie selbst oder ihren Bevollmächtigten gerichtet ist,[5]) in Gemäßheit des § 144 als nicht erschienen anzusehen und demgemäß auf Antrag gegen sie ein Versäumungsurtheil zu erlassen.[6])

„Auf Rechtsanwälte". Aber auf deren Hülfsarbeiter kann Abs. 1 Anwendung finden.

§ 144.

Ist eine bei der Verhandlung betheiligte Person zur Aufrechthaltung der Ordnung von dem Orte der Verhandlung entfernt worden, so kann auf Antrag gegen sie in gleicher Weise verfahren werden, als wenn sie freiwillig sich entfernt hätte. Dasselbe gilt in den Fällen des vorhergehenden Paragraphen, sofern die

---

[3]) Bes. Begr. d. E. zu § 137.

[4]) Deutlicher wäre das im Gesetz selbst ausgedrückt worden. Es geht aber unzweifelhaft aus § 144 Satz 2 hervor.

[5]) Die Zurückweisung des Beistandes hat keinen Einfluß, da dieser nur neben der Partei handeln kann.

[6]) Bes. Begr. d. E. zu § 137. Hier wird bemerkt: Eine Partei, welche die erste Zurückweisung oder Untersagung nicht respektirt, verdient keine weitere Schonung, als ihr der Einspruch gegen das Versäumungsurtheil bietet. Vgl. auch Bemerk. zu § 144.

Untersagung oder Zurückweisung bereits bei einer früheren Verhandlung geschehen war.

Die Motive bemerken: Für den Fall, daß auf Grund der Vorschriften über die Sitzungspolizei (Gerichtsverfassungsgesetz §§ 178 ff.)[1]) eine bei der Verhandlung betheiligte Person (Partei, Zeuge, Sachverständiger u. s. w.) von dem Orte der Verhandlung entfernt wird, bedurfte es einer Bestimmung, um die Folgen festzustellen, welche eine derartige Entfernung in Betreff der Verhandlung hat. Diese Bestimmung trifft der § 144. Ist eine Partei wegen ungeeigneten Betragens entfernt, so ist, wenn nicht das Gericht die Verhandlung vertagt, die Folge verschieden, je nachdem die entfernte Partei bereits verhandelt hat oder nicht. In dem ersten Falle ist sie nur mit dem ausgeschlossen, was sie noch nicht vorgebracht hat, wogegen das von ihr Vorgebrachte zu berücksichtigen ist. Das Urtheil ist kontradiktorisch. Findet eine Fortsetzung der Verhandlung statt, so kann die Partei das in dem früheren Verhandlungstermine noch nicht Vorgebrachte nachholen, so daß in diesem Falle ihre Entfernung Nachtheile in der Sache nur insofern zur Folge hat, als auf Grund des bereits stattgehabten Verhandlungstermins erlassene Zwischenurtheile ihrem Vorbringen Schranken setzen. In dem letzteren Falle ist die Partei als nicht erschienen zu betrachten (§ 298), mithin gegen sie auf Antrag ein Versäumungsurtheil zu erlassen.[2]) Wenn aber anzunehmen ist, daß die Partei verhandelt habe, läßt sich als quaestio facti durch gesetzliche Bestimmungen nicht regeln. (Vergleiche Motive zu §§ 295, 298, 300, 302).[3])

Allerdings ist hier die Partei, die gar nicht zum Verhandeln kam, besser daran als die nur theilweise verhandelt hat, denn

---

[1]) Vergl. § 119 Anm. 15.

[2]) Gegen die hierin liegende Härte, daß gegen eine erschienene Partei ein Versäumungsurtheil erlassen werden könne, hat man mit Recht geltend gemacht, daß der Beklagte bei blos eintretender Vertagung dadurch, daß er wiederholt sich ungebührlich benehme, es in der Hand habe, die Entscheidung der Sache beliebig hinauszuschieben. Prot. z. hann. E. S. 5054—5055.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu § 138.

die erstere kann den Einspruch erheben, die letztere bleibt mit dem Versäumten ausgeschlossen, da die Civilprozeßordnung Urtheile, welche theilweise Versäumungs-, theilweise kontradiktorische sind, nicht kennt.[4]) In einem solchen Falle kann zwar die Berufung ergriffen werden, die Partei verliert aber bezüglich des Ausgeschlossenen eine Instanz.

„bei der Verhandlung betheiligte Person".[5]) Werden Zeugen, Sachverständige entfernt, gelten auch sie als freiwillig Fortgegangene (§§ 345, 374). Anwälte können nicht entfernt werden, sie kann nur eine Ordnungsstrafe treffen.[6])

„Dasselbe gilt auch in den Fällen". Wenn das Gericht von der ihm in § 143 eingeräumten Befugniß Gebrauch macht, tritt Vertagung ein. Tritt aber bei der neuerlichen Verhandlung wieder eine unfähige Person auf, so gilt diese als nicht erschienen.[7])

„bei einer früheren Verhandlung", aber in demselben Rechtsstreite. Ein Antrag Grimm's, hinter Verhandlung einzuschalten „sei es in der gleichen oder in einer andern Sache" wurde wieder zurückgezogen.[8])

§ 145.

Ueber die mündliche Verhandlung vor dem Gerichte ist ein Protokoll aufzunehmen.

Das Protokoll enthält:

1. **den Ort und den Tag der Verhandlung;**
2. **die Namen der Richter, des Gerichtsschreibers und des etwa zugezogenen Dolmetschers;**
3. **die Bezeichnung des Rechtsstreits;**
4. **die Namen der erschienenen Parteien, gesetzlichen Vertreter, Bevollmächtigten und Beistände;**
5. **die Angabe, daß öffentlich verhandelt oder die Oeffentlichkeit ausgeschlossen ist.**

---

[4]) Bes. Begr. d. E. zu § 285–302.

[5]) Vergleiche hierüber S. 524.

[6]) G.V.G. § 180.

[7]) Vergl. die Bemerk. zu § 143.

[8]) Prot. d. J.-K. S. 55.

Die §§ 145—150 enthalten ausführliche Vorschriften über das Protokoll, welches von dem Gerichtsschreiber [1]) über die mündliche Verhandlung vor dem Gerichte aufzunehmen ist. (Sitzungsprotokoll, vergl. § 269, 270, 470). [2]) Das Protokoll ist sofort in öffentlicher Sitzung abzufassen. [3]) Die Nichtbeachtung einer der Ziffern 1—5 hat übrigens keine Wirksamkeit für die Verhandlung selbst, kann aber von Einfluß sein auf die Beweiskraft des Protokolls (§§ 150, 380).

Die Civilprozeßordnung enthält keine Bestimmungen darüber, ob das Sitzungsprotokoll ein fortlaufendes (für mehrere in derselben Sitzung vorkommende Verhandlungen) oder für jede Verhandlung ein besonderes sein soll. Bei Berathung des hannoverschen Entwurfs wurde eine derartige Bestimmung als Sache reglementarischer Verfügung erklärt, wobei es sich von selbst verstehe, daß wenn Gerichtsakten vorkommen, auch für jede Sache ein besonderes Protokoll aufgenommen werden müsse. [4])

Das Sitzungsprotokoll ist in allen Fällen, auch wenn die Verhandlung in einer fremden Sprache stattgefunden hat, in der deutschen Sprache zu führen, [5]) und können Aussagen und Erklärungen in fremder Sprache bei besonderer Wichtigkeit in der fremden Sprache [6]) oder in einer Anlage niedergeschrieben werden. [7])

Die Namen der nicht an der Abstimmung theilnehmenden Ergänzungsrichter (G.V.G. § 194 Abs. 2) gehören nicht in das Sitzungsprotokoll. [8])

---

[1]) § 360 Abs. 2 des nordd. Entw. enthält die Bestimmung: Das Sitzungsprotokoll ist von dem Gerichtsschreiber zu führen.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 139—144. Vergl. auch bes. Begr. d. E. d. G.V.G. zu § 124.

[3]) Bei Berathung des nordd. Entw. wurde dies besonders betont. Prot. z. nordd. E. S. 315.

[4]) Prot. z. hann. E. S. 208.

[5]) Bes. Begr. d. E. d. G.V.G. zu §§ 150—157 Abs. 8. Vgl. zu § 119.

[6]) D. h. wenn der Gerichtsschreiber das zu thun im Stande ist.

[7]) G.V.G. § 187 S. 492.

[8]) Prot. z. nordd. E. S. 313. Muß wegen Erkrankung eines Richters ein Ergänzungsrichter eintreten, so fällt die desfallsige Angabe unter § 146 Abs. 1.

§ 146.

Der Gang der Verhandlung ist nur im Allgemeinen anzugeben.

Durch Aufnahme in das Protokoll sind festzustellen:

1. die Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche, durch welche der geltend gemachte Anspruch ganz oder theilweise erledigt wird;

2. die Anträge und Erklärungen, deren Feststellung vorgeschrieben ist;

3. die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, sofern dieselben früher nicht abgehört waren oder von ihrer früheren Aussage abweichen;

4. das Ergebniß eines Augenscheins;

5. die Entscheidungen (Urtheile, Beschlüsse und Verfügungen) des Gerichts, sofern sie nicht dem Protokolle schriftlich beigefügt sind;

6. die Verkündung der Entscheidungen.

Der Aufnahme in das Protokoll steht die Aufnahme in eine Schrift gleich, welche dem Protokolle als Anlage beigefügt und als solche in demselben bezeichnet ist.

„Der Gang der Verhandlung“ in Absatz 1 wird als allgemeine Regel aufgestellt, daß eine chronologisch geordnete Aufzählung der einzelnen Vorkommnisse zu erfolgen hat.

Zu Nr. 1. Anerkenntnisse sind nicht gleichbedeutend mit Geständnissen, Anerkenntnisse beziehen sich nur auf geltend gemachte Ansprüche, Zugeständnisse auf behauptete Thatsachen, die Feststellung der letzteren erfolgt nur auf Antrag (§ 270 Abs. 2), der ersteren von Amtswegen. In der allgemeinen Begründung zum Entwurf wird bemerkt, daß Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche, durch welche der geltend gemachte Anspruch ganz oder theilweise erledigt wird, von Amtswegen zum Sitzungsprotokolle festzustellen seien, ohne Rücksicht darauf, ob ihrer in den vorbereitenden Schriftsätzen gedacht ist oder nicht. Gerichtliche Geständnisse werden, wie code civil und andere Gesetze vorschreiben, auf Antrag festzustellen sein, selbst wenn sie bereits im Schrift=

satze angekündigt sind, weil sie, im Laufe der Verhandlung abgegeben, nicht zurückgezogen werden können. Dieser Grund spricht für die gleiche Behandlung der Annahme und Zurückschiebung zugeschobener Eide.[1])

Zu Nr. 2. Dahin gehören die Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide, überhaupt die in den §§ 269, 270, 315, 470 Abs. 2, 569 Abs. 4 enthaltenen Bestimmungen.[2]) Die Nr. 2 ist aber nicht dahin aufzufassen, daß angegeben wird, welche Anträge gestellt wurden, sondern auch, daß sie verlesen wurden (§ 269 Abs. 1 mit 4), wobei darauf hinzuweisen ist, daß Abänderungen von in Schriftsätzen enthaltenen Anträgen, welche in einem weiteren Schriftsatze niederzulegen sind (§ 269 Abs. 2, 3), im Sitzungsprotokolle bei Anwaltsprozessen nur auf Antrag zu konstatiren sind.

Anträge und Erklärungen, deren Feststellung nicht vorgeschrieben ist, brauchen auch in das Sitzungsprotokoll nicht aufgenommen zu werden, wenngleich mit ihrer Verlesung alle erforderlichen Formalien erfüllt werden. Der Gerichtsschreiber nimmt sie gegebenen Falls einfach als Beilagen zum Protokolle an. Ist die Festsetzung von einem Antrag abhängig, so ist solcher immer erst abzuwarten.

Zu Nr. 4. Es wird sich fragen, ob hier der Vorsitzende dem Gerichtsschreiber das Resultat diktiren darf. Da der Vorsitzende das Sitzungsprotokoll zu kontroliren hat und der Gerichtsschreiber bestehenden Mängeln abhelfen muß, wird sich gegen das Diktiren nichts erinnern lassen. Ebenso wenig ist zu beanstanden, wenn Zeugen oder Sachverständige ihre Aussagen diktiren, auf jeden Fall wird die Aussage auf diese Weise am Genauesten wiedergegeben. Das Diktiren von Anträgen fällt im Anwaltsprozesse weg, im Parteiprozesse ist es davon abhängig, ob der Amtsrichter die Feststellung des Antrags für nothwendig erachtet (§ 470 Abs. 1).

---

[1]) Allgem. Begr. d. E. zu § 5. Vergl. zu § 417 ff.

[2]) Ueber die Erklärung auf Zurücknahme der Klage sind die Bemerkungen zu § 243 zu vergleichen.

Zu Nr. 5. Wie durch Inklavirung von Urtheilen, Beschlüssen und Verfügungen hervorgeht, gehören alle diese zu den Entscheidungen. Die Civilprozeßordnung handelt nicht inkonsequent (z. B. § 99 vergl. mit § 345 Abs. 3, § 355 Abs. 3), wenn sie Beschluß und Entscheidung gleichstellt (§ 195). Zu den Beschlüssen gehören namentlich Vertagungsbeschlüsse.

Zu Nr. 6. Diese Nummer verlangt in Zusammenhang mit Nr. 5 nur, daß der Wortlaut der Entscheidung angegeben und bemerkt wird, daß sie verkündet wurde, aber die Gründe eines Urtheils sind im Protokolle nicht anzugeben.[3]) Daß die Verkündung in Anwesenheit der Parteien oder deren Prozeßbevollmächtigten erfolgte, ist nicht zu konstatiren,[4]) aber die Konstatirung, daß eine Partei sich vor Verkündung einer Entscheidung entfernte, gehört als eine Thatsache aus dem Gange der Verhandlung in das Sitzungsprotokoll,[5]) ebenso die Leistung eines Eides oder die Verweigerung einer Partei, solchen zu leisten. Dagegen gehört zu dem Gang der Verhandlung nicht die Aufzählung aller Urkunden, z. B. sämmtlicher Briefe einer langen Korrespondenz, welche verlesen wurden,[6]) die dem Urtheile zu Grund gelegten müssen ohnedies im Thatbestande erwähnt werden.

Andere Erfordernisse als die in den §§ 145, 146 aufgeführten verlangt das Gesetz für das Sitzungsprotokoll nicht. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß auch andere Verhältnisse konstatirt werden. Wie wichtig das Sitzungsprotokoll ist, geht, abgesehen von den Bestimmungen des § 150, aus dem Umstande hervor, daß der Thatbestand, welchen jedes Urtheil enthalten muß, bezüglich des mündlichen Parteivorbringens nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann (§ 285).

„die Aufnahme in eine Schrift“. Das Gericht spricht hier nicht wie sonst und wie namentlich in den §§ 269 Abs. 2 und 3 und 270 von Schriftsatz, obgleich gerade in diesen Fällen die

---

[3]) Vergl. die Bemerk. zu § 282.

[4]) Prot. z. hann. E. S. 213, 292.

[5]) Vergl. die Bemerk. zu § 242 a. E.

[6]) Prot. z. hann. E. S. 208.

Aufnahme stattfinden muß. Es ist also nicht nothwendig, daß eine Schrift den Bestimmungen des § 121 entspricht, um als Anlage zu dem Sitzungsprotokolle abgegeben werden zu können. Auch Zeugenvernehmungen, Augenscheinsergebnisse, Sachverständigen-Gutachten werden in Anlagen niedergelegt werden können, auf welche Akte § 121 gar nicht anwendbar ist. Die Aufnahme einer Vollmacht gehört nach den §§ 145, 146 nicht in das Sitzungsprotokoll selbst; da aber die Erklärung im Audienztermin die schriftliche Vollmacht ersetzt,[7]) so ist diese besonders aufzunehmen und dem Sitzungsprotokolle als Beilage beizugeben. Uebrigens bringt die Aufnahme der Vollmacht in das Sitzungsprotokoll selbst keinen Nachtheil.

§ 147.

Die Feststellung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen kann unterbleiben, wenn die Vernehmung vor dem Prozeßgerichte erfolgt und das Endurtheil der Berufung nicht unterliegt. In diesem Falle ist in dem Protokolle nur zu bemerken, daß die Vernehmung stattgefunden habe.

Der § 147 stimmt wörtlich mit dem § 363 des norddeutschen Entwurfs und ist für diesen korrekt. Ebenso paßt er ganz gut in die Entwürfe von 1871 und 1872. In der allgemeinen Begründung zu diesen wird in § 12 S. 43 und bezw. 45 bemerkt: „Der praktischen Durchführung der entsprechenden Vorschrift (über Vernehmung von Zeugen und Auskunftspersonen) im Civilverfahren steht der Umstand hindernd im Wege, daß die Aussagen ausführlich zu protokolliren und zu verlesen sind, was neben dem Zeitverluste nur zu leicht ein bedenkliches Gefühl der Langeweile zur Folge hat. Giebt man die Berufung in der Gestalt eines neuen Judicium auf, so kann man, wie dies im § geschieht, gestatten, daß von der Feststellung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen abgesehen wird, und das Protokoll sich auf die Bemerkung beschränkt, es habe die Abhörung stattgefunden."

---

[7]) S. 386.

Nun ist aber nach dem Systeme der Civilprozeßordnung, entgegen den Bestimmungen des norddeutschen Entwurfs und der angeführten Entwürfe von 1871 und 1872, die Berufung gegen erstinstanzielle Urtheile allgemein zulässig und wenn die Motive zu § 147 sagen, daß dessen Bedeutung in der allgemeinen Begründung § 12 dargelegt sei, so ist dies offenbar eine Verwechslung mit dem oben erwähnten § 12 aus der allgemeinen Begründung der Entwürfe von 1871 und 1872, an dessen Stelle in unserem Entwurf eine andere Motivirung getreten ist. In § 12 der allgemeinen Begründung zu unserer Civilprozeßordnung wird der § 147 nicht erwähnt. Da dieser nun einmal Gesetz ist, ist er nicht gegenstandslos — er muß beobachtet werden.

„vor dem Prozeßgericht". Es ist an und für sich klar, daß die Feststellung der Zeugen und Sachverständigen erfolgen muß, wenn deren Vernehmung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgt. Bei Vernehmung vor dem Prozeßgericht kann die Feststellung der Aussagen unterbleiben, muß aber nicht. Bei Berathung des § in der Justizkommission stellte Reichstagsabgeordneter Struckmann den Antrag, hinter „erfolgt" einzuschalten „die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung in der mündlichen Sitzung stattfinden kann," der Antrag wurde aber abgelehnt, nachdem der Vertreter des Bundesraths v. Amsberg bemerkt hatte, es liege in dem Ermessen des Gerichts, ob in solchem Falle protokollirt werden solle oder nicht, und dies scheine ihm um so zweckmäßiger, als die Verhandlung der Beweisaufnahme, ohne sich unmittelbar anzuschließen, so bald nachfolgen könne, daß man ein Protokoll nicht brauchen könne; daß bei Vertagung der Verhandlung die Protokollirung die Regel bilden werde, glaube er erwarten zu dürfen.[1])

„das Endurtheil der Berufung nicht unterliegt". Da gegen alle in erster Instanz erlassenen Endurtheile Berufung stattfindet (§ 472), so sind die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen in erster Instanz überhaupt immer festzustellen, und ist der § nur für die Berufungsinstanz von Bedeutung. Man kann den § für

---

[1]) Prot. d. J.K. S. 56.

die erste Instanz nicht einmal dann anwenden, wenn das Gericht mit einer Entscheidung beschäftigt ist, gegen die nur Beschwerde zulässig ist (§§ 46, 97, 99), denn der § bezieht sich nur auf das Sitzungsprotokoll über die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Richter.[2])

„daß die Vernehmung stattgefunden habe". Es genügt also, wenn im Sitzungsprotokolle konstatirt wird, daß Zeugen oder Sachverständige vernommen wurden, unter Angabe ihres Namens, sowie etwaiger besonderer Umstände, daß der Zeuge unbeeidigt vernommen wurde (§ 358), daß einzelne Zeugen das Zeugniß verweigert haben (§§ 348, 349) u. dergl.

§ 148.

Das Protokoll ist insoweit, als es die Nr. 1—4 des § 146 betrifft, den Betheiligten vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen. In dem Protokolle ist zu bemerken, daß dies geschehen und die Genehmigung erfolgt sei oder welche Einwendungen erhoben sind.

„insoweit". Auf die Nr. 5 und 6 des § 146 kann sich die Vorlesung des Sitzungsprotokolls oder die Einsicht desselben nicht beziehen, da die Verkündung der Entscheidungen mit den Gründen hiezu ohnedies durch den Vorsitzenden stattfindet (§ 127)[1]). Ebenso ist Abs. 1 des § 146 von dem Vorlesen ausgeschlossen, also Alles, was über den Gang der Verhandlung aufgenommen ist.

„den Betheiligten". Das sind nicht blos die Parteien, wie aus dem zu § 146 Bemerkten zu ersehen ist. In Ehesachen und in Entmündigungssachen kann auch der Staatsanwalt zu den Betheiligten gehören (§§ 569, 595 Abs. 2).

„oder zur Durchsicht vorzulegen". Eine Verzichtleistung der Parteien auf Vorlesen oder Vorlage zur Durchsicht ist unstatt-

---

[2]) Ueber die Form, in welcher bei Entscheidungen, wie in §§ 46, 97, 99 u. s. w. allenfallsige Bescheinigungen zu erheben sind, bestehen überhaupt keine Bestimmungen. Bes. Begr. d. E. zu § 256.

[1]) Wenn das Urtheil nicht sofort nach der Verhandlung publizirt wird, muß über die spätere Publikation ein besonderes Protokoll aufgenommen werden. Vergl. die Bemerk. zu § 281.

haft.[2]) Unterläßt die Partei auf Vorlage die Durchsicht, so hat sie lediglich die Folgen davon zu tragen.

Auch die Theile des Protokolls, welche eine Anlage desselben bilden (Zeugenvernehmungen u. dgl.) sind vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen.

Wenn sich die Betheiligten entfernen, ehe das Protokoll vorgelesen oder zur Durchsicht vorgelegt werden kann, muß natürlich Beides wegfallen, aber es muß die Entfernung auch konstatirt werden, wie schon zu § 146 bemerkt wurde.

Die Civilprozeßordnung enthält sich einer Bestimmung, wann das Sitzungsprotokoll vorzulesen oder vorzulegen ist, da aber in demselben der Verkündung der Entscheidung Erwähnung geschieht, so ist klar, daß die Vorlesung erst nach dieser Verkündung zu erfolgen hat, abgesehen natürlich von einer Vertagung der Verkündung. Auch über das Verfahren bei erhobenen Einwendungen schweigt der §. Auf jeden Fall sind die Einwendungen zu konstatiren,[3]) hierauf muß aber eine Erklärung folgen, ob sie nach Ansicht des Vorsitzenden und Gerichtsschreibers berechtigt sind oder nicht, bezw. anerkannt werden oder nicht.

Mit Tauben und mit Stummen, welche des Lesens kundig sind, ist in gleicher Weise, wie in § 148 bestimmt, zu verfahren.[4]) Auch enthält die Civilprozeßordnung keine Bestimmungen, wie das Sitzungsprotokoll äußerlich zu behandeln ist, wenn es aus mehreren Bogen besteht. Derartige Bestimmungen müssen den Registraturordnungen überlassen bleiben.

§ 149.

Das Protokoll ist von dem Vorsitzenden und dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben.

Ist der Vorsitzende verhindert, so unterschreibt für ihn der älteste beisitzende Richter. Im Falle der Verhinderung des Amtsrichters genügt die Unterschrift des Gerichtsschreibers.

---

[2]) Prot. z. nordd. E. S. 313.

[3]) Prot. z. nordd. E. S. 311—312.

[4]) Prot. z. hann. E. S. 582. Den Stummen, welche hören, kann vorgelesen werden.

„zu unterschreiben". Ohne Unterschrift des Vorsitzenden oder seines Stellvertreters (Abs. 2 des §) ist das Protokoll keine öffentliche Urkunde und auch wenn nur die eine Unterschrift fehlt, mangelt es an der Beweiskraft desselben für die Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten (§ 150).

„Ist der Vorsitzende verhindert". Eine Erwähnung des Grundes der Verhinderung des Vorsitzenden bei der Unterschrift des andern Richters ist nicht gefordert. Aus Abs. 2 geht hervor, daß der Vorsitzende nicht das Protokoll sofort nach der Verhandlung unterschreiben muß, wohl aber der Gerichtsschreiber, denn eine Verhinderung desselben wird nicht anerkannt, da er das Protokoll während der Sitzung abzufassen hat.[1])

Der nach § 287 des preuß. Entwurfs aufgenommene § 369 des norddeutschen Entwurfs enthält die Bestimmung: „In den Protokollen darf nichts überschrieben, zwischen den Zeilen eingeschaltet oder radirt werden" sowie Vorschriften über das Verfahren bei der nothwendigen Durchstreichung von Worten. Die Civilprozeßordnung hat solche Bestimmungen nicht aufgenommen. Das Sitzungsprotokoll ist eine öffentliche Urkunde, für welche die Bestimmungen des § 384 maßgebend sind.[2])

§ 150.

Die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll bewiesen werden. Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt desselben ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.

Die mündliche Verhandlung ist nichtig, wenn die Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht durch das Sitzungsprotokoll nachgewiesen wird.

---

[1]) Prot. z. nordd. E. S. 314. Ein Vorschlag, auch für Verhinderung des Gerichtsschreibers Vorsorge zu treffen, wurde hier deshalb nicht berücksichtigt.

[2]) Daran kann der Umstand, daß unter den von den Motiven zu § 384 (§ 371 des Entwurfs) angegebenen Beispielen des Sitzungsprotokolls keine Erwähnung geschieht, nichts ändern.

Der § 150 bezieht sich nur auf den von Beobachtung der Förmlichkeiten handelnden Theil des Sitzungsprotokolls, nur bezüglich dieser Förmlichkeiten ist der Gegenbeweis durch andere Beweismittel ausgeschlossen und nicht einmal die Berufung auf einen Irrthum zulässig.[1])

Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs vermißte ein Mitglied eine Spezialisirung der hier in Betracht kommenden Förmlichkeiten und regte namentlich Zweifel bezüglich des erforderlichen Gehörs beider Parteien an. Der Referent bemerkte, daß der Begriff der Förmlichkeiten überhaupt einer Definition nicht bedürfe; welche Förmlichkeiten aber wesentlich seien, stehe hier nicht in Frage. Bezüglich des Gehörs werde es nur darauf ankommen, daß im Allgemeinen die Anhörung beider Theile konstatirt sei. Der Antrag, die Förmlichkeiten einzeln aufzuführen, wurde hierauf verworfen.[2]) Unter den für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten sind also nicht die in den §§ 145, 146 einzeln aufgeführten Nummern zu verstehen, im Gegentheil, die norddeutsche Prozeßkommission war der Ansicht, daß dieselben nicht in dem Sinn wesentlich seien, daß in Ermangelung derselben überhaupt kein Protokoll vorliege.[3])

Bezüglich des übrigen Inhalts des Sitzungsprotokolls ist § 383 maßgebend.

„der Nachweis der Fälschung". Dieser Zusatz erfolgte durch die Kommission für den norddeutschen Entwurf im Jahre 1868. Da das St.G.B. für das deutsche Reich vom 15. Mai 1871 datirt, so fragt sich, ob auch eine falsche Beurkundung (§ 271 des R.St.G.B.) als Fälschung im Sinne des § 150 zu betrachten ist. Die Frage muß wohl bejaht werden, denn der § 271 ist im dreiundzwanzigsten Titel — Urkundenfälschung — enthalten, und wenn die norddeutsche Kommission von „Fälschung" sprach, konnte sie darunter nur verstehen, was das jeweilige Bundesrecht damit bezeichnet.

---

[1]) Prot. z. nordd. E. S. 312.

[2]) Prot. z. nordd. E. a. a. O.

[3]) Prot. z. nordd. E. S. 313.

§ 151.

Zu den Verhandlungen, welche außerhalb der Sitzung vor Amtsrichtern oder vor beauftragten oder ersuchten Richtern stattfinden, ist der Gerichtsschreiber gleichfalls zuzuziehen.

Zur Terminologie der Civilprozeßordnung ist zu bemerken, daß dieselbe unter einem „beauftragten Richter" ein Mitglied des Gerichts selbst — einen deputatus collegii — dagegen unter einem „ersuchten" Richter ein anderes Gericht (Amtsgericht, vergl. Gerichtsverfassungsgesetz § 158) versteht.[1])

Ueber die Formen des außerhalb der mündlichen Verhandlung aufgenommenen Protokolles enthält die Civilprozeßordnung sich jeder Bestimmung.[2])

Zweiter Titel.

Zustellungen.

§ 152.

Die Zustellungen erfolgen durch Gerichtsvollzieher.

In Anwaltsprozessen ist der Gerichtsvollzieher unmittelbar zu beauftragen, in anderen Prozessen nach der Wahl der Partei entweder unmittelbar oder unter Vermittelung des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichts.

Aus den Motiven ist hier zu bemerken: Der Entwurf hat sich für einen modifizirten Parteibetrieb entschieden. Der Entwurf hat dem Gedanken des Parteibetriebs keinen prinzipiellen Ausdruck gegeben, weil ein allgemeiner Satz, wie er sich z. B. im nordd. Entwurf § 235 findet, kaum mehr als theoretische Bedeutung hat und in der Detailanwendung leicht zu Irrthümern führt.

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 145.

[2]) Bei Berathung des hann. Entw. wurde von einer Seite geäußert, daß Bestimmungen über Protokolle überhaupt, da sie ganz allgemeiner Natur seien und nicht blos für das Civilprozeßverfahren, sondern auch für das Strafverfahren und für administrative Verfahrensarten Geltung haben, gar nicht in eine bürgerliche Prozeßordnung gehören. Prot. z. hann. E. S. 205.

Der Gedanke selbst und der Umfang, in welchem er adoptirt ist, ergeben sich aus den einzelnen Vorschriften. In dieser Richtung mag auf die nachstehenden Modifikationen hingewiesen werden, welche der Grundsatz unmittelbaren Prozeßbetriebs durch die Parteien im Entwurfe erfahren hat:

a) hinsichtlich der Einleitung und Fortführung des Rechtsstreites bis zum Urtheile in der Instanz.

Die Einleitung des Rechtsstreits bezw. einer Instanz setzt nach dem Entwurfe regelmäßig die formelle Mitwirkung des Gerichts durch Anberaumung eines Verhandlungstermins voraus (§§ 191, 193, 233, 305 Nr. 3, 456, 458, 479 Nr. 3, 506, 515, 548, 570). Ist der Rechtsstreit in die mündliche Verhandlung gelangt, so sorgt regelmäßig das Gericht für sofortige Anberaumung der nothwendig werdenden ferneren Termine, sei es zur Fortsetzung der Verhandlung, sei es zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte oder einem andern Gerichte (§§ 127 Abs. 3, 281, 314, 316, 317, 323, 326, 327, 328, 338, 456, 485, 520, 548); die Ladung der Zeugen und Sachverständigen, die Herbeischaffung von Urkunden, welche sich im Besitze einer andern Behörde befinden, erfolgen auf Betreiben des Gerichts (§§ 342, 367, 397, 456, 485, 520).

b) Hinsichtlich der Zustellungen.

1. Im Parteiprozesse kann die Partei den Auftrag zur Vornahme der Zustellung durch Vermittlung des Gerichtsschreibers ertheilen (§ 152 Abs. 2); die Inanspruchnahme des Gerichtsschreibers wird in Ermangelung einer gegentheiligen Erklärung der Partei präsumirt (§§ 154, 458).

2. Zustellungen im Auslande, an Exterritoriale und mittelst öffentlicher Bekanntmachung hat die Partei — soweit nicht die Nr. 3 Platz greift — zu beantragen; die Ausführung der Zustellung geschieht alsdann von Amtswegen (§§ 182 ff., 186 ff.) und ohne Konkurrenz des Gerichtsvollziehers.

3. Nicht verkündete Beschlüsse und nicht verkündete Verfügungen des Gerichts werden den Parteien, ohne daß es eines Antrags derselben bedarf, von Amtswegen zugestellt (§ 294).

c) In der **Zwangsvollstreckungsinstanz** tritt eine Mitwirkung des Gerichts in erheblichem Umfange ein (vergl. §§ 684 ff., 687, 696, 704, 752 ff., 698 ff., 729 ff., 755 ff., 772 ff., 780 ff., 808 ff. u. A.).

Der unmittelbare Prozeßbetrieb durch die Parteien hat das Bestehen von untergeordneten, nicht richterlichen Beamten — Gerichtsvollziehern — zur Voraussetzung, denen im Vergleiche mit der Stellung des deutschen Gerichtsdieners, als eines bloßen richterlichen Werkzeugs, eine selbstständigere Stellung eingeräumt werden muß und zwar in dem Sinne, daß sie nicht nach Maßgabe der ihnen für den einzelnen Fall ertheilten Weisungen des Gerichts handeln, vielmehr die ihnen von den Prozeßparteien ertheilten Aufträge selbstständig nach den Vorschriften des Gesetzes unter eigener Prüfung ihrer Zuständigkeit und eigener unmittelbarer Verantwortlichkeit gegen den Auftraggeber auszuführen haben.

Der Wirkungskreis der Gerichtsvollzieher beschränkt sich nach dem Entwurf auf die Vornahme von Zustellungen (§§ 152, 153), die Anfertigung von Ladungsurkunden (§§ 460, 173), die Zwangsvollstreckung, soweit sie nicht den Gerichten vorbehalten ist (§ 674).

Die Dienst- und Geschäftsverhältnisse der Gerichtsvollzieher zu ordnen, hat das Gerichtsverfassungsgesetz § 155 den Landesjustizverwaltungen überlassen und sich im Uebrigen darauf beschränkt (§ 156), die Fälle zu bestimmen, in denen der Gerichtsvollzieher von der Ausübung seines Amts kraft des Gesetzes ausgeschlossen ist.

„Die Zustellungen“. Unter Zustellung versteht die Civilprozeßordnung: Mittheilung einer Abschrift oder einer Ausfertigung des zuzustellenden Schriftstückes unter Beurkundung der erfolgten Mittheilung (§§ 172, 173).[1]) Der § unterscheidet nicht, ob die Zustellungen von Amtswegen oder von der Partei zu bethätigen sind.

„durch Gerichtsvollzieher“. § 155 des hannover'schen Entwurfs spricht deutlicher vom „zuständigen Gerichtsvollzieher“.

---

[1]) Begr. d. E. zu §§ 146—183.

In wie weit Gerichtsvollzieher für Zustellungen und Ladungen örtlich zuständig sind, wird im Verordnungswege bestimmt (G.V.G. § 155). Wenn aber der § sagt „durch Gerichtsvollzieher“ nicht durch „einen Gerichtsvollzieher“, so setzt er den für einen bestimmten Bezirk zuständigen Gerichtsvollzieher voraus.[2]) Zustellungen durch unzuständige Gerichtsvollzieher sind ungültig.[3]) Insoweit eine Zustellung an Parteien oder an dritte Personen auf Betreiben einer Partei oder auf Verfügung des Gerichts nothwendig ist, hat dieselbe durch einen Gerichtsvollzieher oder durch die Post zu erfolgen (§ 176). Ausnahmen hievon finden sich in den §§ 181, 182, 186 ff.

„unmittelbar zu beauftragen“. Ob vom Anwalt oder nur von der Partei, sagt der § nicht, aber die Motive zu §§ 148, 172 des Entwurfs bemerken: „In Anwaltsprozessen ist der Gerichtsvollzieher von der Partei unmittelbar zu beauftragen“. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß für die Partei der bevollmächtigte Anwalt beauftragen kann, da die Beauftragung zur Zustellung unzweifelhaft eine Prozeßhandlung ist (§ 77).

„in andern Prozessen“. Die Motive bemerken hiezu: in allen Fällen aber, in denen eine Vertretung der Partei durch Anwälte nicht geboten ist, namentlich also im amtsgerichtlichen Verfahren, empfiehlt es sich, der Partei die Wahl zu lassen, ob sie den Gerichtsvollzieher direkt beauftragen oder durch Vermittlung des Gerichtsschreibers beauftragen lassen will.[4]) Das gilt also auch für den Anwaltsprozeß, wenn die Gegenpartei zu Zeugenvernehmungen u. dergl. geladen werden soll.

„Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts“ d. h. des für die Klage zuständigen, wenn ein Rechtsstreit noch nicht anhängig ist, im Vollstreckungsverfahren aber des Gerichtsschreibers am Vollstreckungsgerichte, außerdem des Gerichtsschreibers des Instanzgerichts. Der Gerichtsschreiber hat die Zustellung weiter zu

---

[2]) Vergl. § 161 des G.V.G. u. die Bemerk. zu § 177 aus den Motiven.
[3]) Vergleiche aber hiezu § 267.
[4]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 148, 172.

besorgen. Die Zustellungen durch den Telegraphen wurden absichtlich nicht aufgenommen, sie sind unstatthaft.[5])

§ 153.

Die mündliche Erklärung einer Partei genügt, um den Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zustellung, den Gerichtsschreiber zur Beauftragung eines Gerichtsvollziehers mit der Zustellung zu ermächtigen.

Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, so wird bis zum Beweise des Gegentheils angenommen, daß dieselbe im Auftrage der Partei erfolgt sei.

„Die mündliche Erklärung einer Partei genügt". Die bei jeder Zustellung betheiligten Personen sind:

1. derjenige, für welchen eine Zustellung gemacht wird — der betreibende Theil oder Requirent — (§ 174 Nr. 2);

2. derjenige, an welchen die Zustellung geschehen soll — der Requisit — (§ 174 Nr. 3).

Ohne Auftrag wird der Gerichtsvollzieher niemals thätig. Ueberall aber genügt — analog dem § 676 — ein mündlicher Auftrag, um den Gerichtsvollzieher zur Vornahme einer Zustellung und in den zulässigen Fällen den Gerichtsschreiber zur Beauftragung eines Gerichtsvollziehers mit der Zustellung zu ermächtigen. Beide bedürfen dem Requisiten oder Dritten gegenüber keines Auftragsnachweises (Vollmacht).[1]) Der Auftrag muß aber wirklich mündlich ertheilt worden sein und es ist kein mündlicher Auftrag, wenn dem Gerichtsvollzieher irgend ein Schriftstück ohne alle weitere Bemerkung nur zugeschickt wird.[2]) Die Partei muß ihren Willen, an wen zugestellt werden soll, erkläŕen, der Gerichtsvollzieher darf nicht an die rechte Person zustellen, während die Partei möglicher Weise eine unrechte im Sinne hat.

---

[5]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 147, 149, 166 Abs. 3.

[2]) Das geht auch aus § 676 hervor; dort ist eine ausdrückliche Bestimmung, daß der Besitz der Ausfertigung zur Zwangsvollstreckung ermächtige, getroffen. Eine ähnliche Bestimmung für Zustellungen enthält § 153 nicht.

„zur Beauftragung eines Gerichtsvollziehers". Ob in diesem Falle auch wieder die mündliche Beauftragung durch den Gerichtsschreiber genügt, ist unentschieden. Für die Bejahung der Frage spricht der Umstand, daß die Motive zu § 154 erwähnen, der Gerichtsschreiber solle den Gerichtsvollzieher im fingirten Auftrage der Partei beauftragen,[3]) also einen Auftrag der Partei und des Gerichtsschreibers auf ganz gleiche Stufe stellen.

„Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt". Der Schlußsatz des § stellt eine praesumtio juris, nicht aber juris und de jure auf. Dem Gerichtsvollzieher wohnt publica fides bei und darin liegt der Grund der Bestimmung des Abs. 2 des §.[4]) Der Gegenbeweis, der dem Requirenten, Requisiten oder dritten betheiligten Personen zusteht, kann durch alle zulässigen Beweismittel geführt werden.

Wie die Partei, so können auch Gerichte, Staatsanwaltschaften und Gerichtsschreiber wegen Ertheilung eines Auftrags an einen Gerichtsvollzieher die Mitwirkung des Gerichtsschreibers des Amtsgerichts in Anspruch nehmen, in dessen Bezirk der Auftrag ausgeführt werden soll. Der von dem Gerichtsschreiber beauftragte Gerichtsvollzieher gilt als unmittelbar beauftragt (G.V.G. § 162).

§ 154.

Insoweit eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, hat dieser einen Gerichtsvollzieher mit der erforderlichen Zustellung zu beauftragen, sofern nicht eine Partei erklärt hat, daß sie selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen wolle.

„Insoweit eine Zustellung unter Vermittlung des Gerichtsschreibers zulässig", vergleiche hierüber die Bemerkungen zu § 152.

„hat dieser". Der § gab durch die imperative Bestimmung „hat zu beauftragen" zu gerechten Bedenken gegenüber dem § 179 in der Justizkommission Veranlassung. Der Abgeordnete Thilo wollte eine Aenderung der §§ 154 und 179, sein Antrag wurde

---

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 148, 172.

[4]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

aber abgelehnt. Nun kann der § 154 im Gegensatze zu § 179 nur in Betracht kommen, wenn eine Zustellung durch die Post nicht statthaft ist, oder nicht stattfinden soll. Dies scheint auch die Ansicht der Motive zu sein, indem sie erklären, der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher sei die Zustellung durch die Post nachgebildet.

Der Gerichtsschreiber hat daher auch primär die Zustellung durch die Post zu bewerkstelligen. Er kann das Insinuandum selbst zur Post bringen,[1]) oder er kann sich hiezu eines Gerichtsvollziehers bedienen, erst, wenn die Zustellung durch die Post nicht angeht, hat er gemäß § 154 einen Gerichtsvollzieher zur direkten Zustellung zu beauftragen; außerdem hat der Requirent den Mehrbetrag der Kosten zu tragen (§ 180).

Der § verpflichtet den Gerichtsschreiber, statt der Partei den Gerichtsvollzieher mit der Zustellung zu beauftragen, also von Amtswegen zu handeln,[2]) wenn die Partei, für die er zu handeln hat, ihm dies nicht untersagt. Hier stellt das Gesetz keine Präsumtion auf, wie im § 153 Abs. 2.

§ 155.

Die Partei hat dem Gerichtsvollzieher und, wenn unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zuzustellen ist, diesem neben der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks eine der Zahl der Personen, welchen zuzustellen ist, entsprechende Zahl von Abschriften zu übergeben.

Die Zeit der Uebergabe ist auf der Urschrift und den Abschriften zu bemerken und der Partei auf Verlangen zu bescheinigen.

Zum Zweck der Zustellung hat der betreibende Theil das betreffende Schriftstück in Urschrift (z. B. das Brouillon der Klage) und in einer Abschrift oder wenn dasselbe mehreren Personen zuzustellen ist, in einer der Zahl dieser Personen entsprechenden Zahl von Abschriften zu übergeben. Dem Requisiten werden

---

[1]) Vergl. die Bemerk. zu § 179.

[2]) Prot. z. hann. E. S. 5931.

also, insofern nicht eine Ausfertigung zuzustellen ist (§ 156), nur Copien, deren Uebereinstimmung mit dem Original beglaubigt ist, behändigt.

Das Original, die Urschrift erhält der Requirent durch den mit der Zustellung Beauftragten wieder zurück.

„entsprechender Zahl", vergleiche hiezu § 172.

Was ist zu thun, wenn der Gerichtsvollzieher den Auftrag erhält, verschiedenen benannten Personen zuzustellen, aber nicht die entsprechende Anzahl von Exemplaren? Man kann nicht wohl annehmen, daß hierin implicite der Auftrag liegt, die fehlenden Abschriften selbst zu fertigen oder fertigen zu lassen, denn dazu ist der Gerichtsvollzieher nicht berechtigt, wie aus Abs. 2 hervorgeht, er muß die Zeit der Uebergabe auf den Abschriften vormerken. Er kann also nur an so viele Personen zustellen, als die Abschriften ausreichen, wobei ihm die Auswahl überlassen bleiben muß, insofern nicht mehr Zeit zur Anfrage an den Mandanten vorhanden ist oder dieser den Gerichtsvollzieher ohne Antwort läßt, aber für die nicht auszuführenden Zustellungen trifft die Partei die Folgen der Versäumung.[1])

Abs. 2 des § wurde in der Justizkommission des Reichstags auf Antrag von Dr. Behr und Genossen beschlossen, weil die Partei, wo es sich um Einhalten der Nothfristen handle, ein dringendes Interesse habe, diese Bescheinigung, namentlich mit Rücksicht auf § 213, in die Hand zu bekommen.[2])

Durch Abs. 2 wird übrigens nicht ausgeschlossen, daß der Beweis der Uebergabe nach § 213 Abs. 1 auf andere Weise geführt wird.

Die zugestellte beglaubigte Abschrift ist für denjenigen, dem sie mitgetheilt wurde, als Original zu betrachten.[3])

§ 156.

Die Zustellung besteht, wenn eine Ausfertigung zugestellt werden soll, in deren Uebergabe, in den übrigen Fällen in

---

[1]) Vergl. zu § 213.

[2]) Prot. d. J.K. S. 57—58, 529.

[3]) Vergl. die Bemerk. zu § 173 unter „beglaubigte Abschrift".

der Uebergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks.

Die Beglaubigung geschieht durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Betreiben von Rechtsanwälten oder in Anwaltsprozessen zuzustellenden Schriftstücken durch den Anwalt, bei den von Amtswegen zuzustellenden Schriftstücken durch den Gerichtsschreiber.

Der § wurde als besonderer § mit einzelnen Aenderungen erst durch die Justizkommmission geschaffen. § 173 (166 des Entwurfs) hatte als Absatz 3 die Bestimmung: „Jeder Person, an welche eine Zustellung erfolgt, ist beglaubigte Abschrift des mitzutheilenden Schriftstückes und der Zustellungsurkunde zu übergeben. Die Beglaubigung geschieht durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Betreiben von Rechtsanwälten oder in Anwaltsprozessen mitzutheilenden Schriftstücken durch den Anwalt." Hieraus machte man zuerst den nachherigen § 156 als Abs. 3 des § 166 (des Entwurfs) und dann einen besonderen Paragraphen, um deutlich zu dokumentiren, woraus eine Zustellung besteht, was der Entwurf nicht aussprach und was als Mangel betrachtet wurde.

„wenn eine Ausfertigung zugestellt werden soll". Als Ausfertigung erscheinen die von dem Gerichte oder dem Gerichtsschreiber beurkundeten Schriftstücke, namentlich Urtheile (§ 288) und Beschlüsse auf Anordnung eines Arrest (§ 802 Abs. 2), dagegen sind Parteiakte, wie Ladungen, Klagschriften und dergl. nach § 156 zu beglaubigen.

„von Amtswegen zuzustellenden Schriftstücken". Der Zusatz erfolgte durch die Justizkommission.[1]) Hieher gehört § 294 Abs. 3, die Zustellung in Ehe- und Entmündigungssachen,[2]) namentlich aber auch Strafverfügungen, z. B. im Falle des § 355.[3])

Bei Ersuchen des Gerichtsschreibers an die Post um Zustellung hat auch die Beglaubigung durch den Gerichtsschreiber zu erfolgen (§ 179).

---

[1]) Prot. d. J.K. S. 530.

[2]) §§ 582, 602, 603, 623, 619.

[3]) Für Zustellungen im Konkurse ist § 69 der Konkursordnung zu vergleichen.

§ 157.

Die Zustellungen, welche an eine Partei bewirkt werden sollen, erfolgen für die nicht prozeßfähigen Personen an die gesetzlichen Vertreter derselben.

Bei Behörden, Gemeinden und Korporationen, sowie bei Personen-Vereinen, welche als solche klagen und verklagt werden können, genügt die Zustellung an die Vorsteher.

Bei mehreren gesetzlichen Vertretern, sowie bei mehreren Vorstehern genügt die Zustellung an einen derselben.

„gesetzlichen Vertreter derselben". Die Motive bemerken zu Abs. 2: Demnach wird die Zustellung, wenn sie für eine unter vormundschaftlicher Gewalt oder eine minorenne (§ 51 Abs. 2) unter väterlicher Gewalt stehende Person bestimmt ist, an deren Vormund oder Vater zu geschehen haben (vergl. Bayern Art. 193, Württemberg Art. 228 u. s. w.)

Das kann aber nur der Fall sein, insoweit diese Personen nicht prozeßfähig sind.[1])

„Bei Behörden". Zu Abs. 2 wird in den Motiven bemerkt: „Was Behörden, Gemeinden, Korporationen sowie Personenvereine, welche überhaupt parteifähig sind,[2]) anlangt, so gilt auch für sie die Regelvorschrift des Abs. 1 insoweit, als an den gesetzlichen Vertreter die Zustellung mit rechtlicher Wirkung erfolgen kann und diese zur Annahme von Zustellungen für die vertretene Partei berechtigt und verpflichtet sind. Das Gleiche gilt von solchen Personen, welche im einzelnen Falle, etwa kraft gesetzlicher oder statutarischer Vorschrift, zur Vertretung jener Personengesammtheiten, sei es im Prozesse im Allgemeinen oder für bestimmte Prozesse oder zur Empfangnahme der Zustellungen befugt sind (vergl. z. B. für Handelsgesellschaften die Art. 117, 144, 167, 172, 196, 235, 244 des Handelsgesetzbuchs; für Gesellschaften die §§ 17, 24, 29, 43, 49 des Genossenschaftsgesetzes vom

---

[1]) Vergl. die Bemerkungen zu §§ 50, 51, inwieweit eine unter Vormundschaft oder väterlicher Gewalt stehende Person als „prozeßfähig" erscheint.

[2]) Vergl. hierüber die Bemerkungen zu § 19.

4. Juli 1868 u. A.). Obligatorisch aber (vergl. Bayern Art. 193, Württemberg Art. 228) ist die Zustellung an jene Personen nicht, vielmehr soll die Zustellung an die Vorsteher in jedem Falle genügen, auch wenn diese, sei es generell, sei es ad hoc, nicht die gesetzlichen Vertreter sind. Besteht dagegen eine Partei aus mehreren Personen, ohne daß diese als Gesammtheit klagen oder verklagt werden (Streitgenossen, Nebenintervenienten), so muß einem jeden derselben zugestellt werden.[3])

Bezüglich der Zustellungen an Landesherrn und die Mitglieder der landesherrlichen Familien sind nach den auch in den Motiven zu § 157 in Bezug genommenen § 5 des E.G. zur C.P.O. die besonderen Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze maßgebend, wenn diese abweichende Bestimmungen enthalten. Für Bayern bestehen keine abweichende Bestimmungen.[4]) Für den Fiskus wird dem Vorstande der Behörden zugestellt, welche den Fiskus in dem Prozesse zu vertreten hat.[5])

„für die nicht prozeßfähigen Personen". Für die prozeßfähigen Personen enthält der § keine besonderen Vorschriften, diesen wird selbstverständlich persönlich zugestellt. Aber auch der nicht zweifellos prozeßfähigen Partei kann zugestellt werden, wenn sie einstweilen zur Prozeßführung zugelassen wurde, so lange dieser Zustand dauert (§ 54 Abs. 2).

„Bei Behörden — sowie bei Personenvereinen". Der § 157 zählt hier nicht alle in § 19 aufgeführten juristischen Personen und Personenvereine auf. Gleichwohl gehören sie dazu. In dem mit § 157 gleichen § 236 des norddeutschen Entwurfs ist deutlicher ausgedrückt „diese Bestimmung findet auf alle Personenvereine Anwendung, welche als solche klagen- oder verklagt werden können (§ 48)". Dieser § 48 stimmt aber in Abs. 1 und 2 mit § 19 wörtlich überein. Auch wurde bei der Berathung darauf hingewiesen, daß für die in § 8 des Redaktionsentwurfs (gleich unserem § 19) bezeichneten Parteien (einschließ-

---

[3]) Bes. Begr. d. E. zu § 150. Vergl. S. 320 Anm. 16.

[4]) Bayer. C.P.O. Art. 193 Nr. 2.

[5]) Prot. z. nordd. E. S. 324.

lich der Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen) im Allgemeinen die Regel, wornach die Zustellung an den gesetzlichen Vertreter zu erfolgen habe, genüge. Das Weitere wurde der Redaktion überlassen.[6]) Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen fallen daher immer unter § 157 Abs. 1 und 3, sind sie als Behörden oder Korporationen zu betrachten, auch unter Abs. 2 desselben.[7])

„Bei mehreren gesetzlichen Vertretern". Hiemit korrespondirt § 172 Abs. 1. Hat eine Partei mehrere (gleichberechtigte)[8]) gesetzliche Vertreter oder Vorsteher, so braucht aus Gründen der Zweckmäßigkeit die Zustellung nur an einen derselben zu erfolgen.[9]) Ueber Zustellung an Strafgefangene enthält die C.P.O. keine besonderen Vorschriften. Es richtet sich also die Zustellung nach den allgemeinen Bestimmungen, denen Hausordnungen nicht entgegen treten dürfen.

§ 158.

Die Zustellung für einen Unteroffizier oder einen Gemeinen des aktiven Heeres oder der aktiven Marine erfolgt an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde (Chef der Kompagnie, Eskadron, Batterie u. s. w.).

Der gleiche § 237 des norddeutschen Entwurfs enthält noch den Zusatz: „Der Chef ist verpflichtet, für die rechtzeitige Zustellung an den Soldaten zu sorgen. Die Gültigkeit der Zustellung ist von der Erfüllung dieser Pflicht nicht abhängig." Die Motive bemerken hiezu: Die Verpflichtung des vorgesetzten Chefs zur

---

[6]) Prot. z. nordd. E. S. 350—351.

[7]) Das wird freilich kaum der Fall sein können. Puchta, Pand. § 28, Vorles. § 25 a. E., § 28; wohl aber kann die Verwaltung einer Stiftung, einer Behörde oder Korporation zustehen.

[8]) Vergl. zu § 172. Bei Berathung des hann. Entwurfs wurde geltend gemacht, daß die Bestimmung des § nur dann stattfinde, wenn für die vorliegende Rechtsstreitigkeit mehrere gleichberechtigte gesetzliche Vertreter vorhanden seien. Prot. z. hann. Entw. S. 5069.

[9]) Bes. Begr. d. E. zu § 157.

Weiterbeförderung der Zustellung war, weil aus dem internen Vorgesetztenverhältnisse folgend, ebenso wenig besonders auszusprechen, als daß die Gültigkeit der Zustellung nicht von der wirklich geschehenen Weiterbeförderung an den eigentlichen Requisiten abhängt.[1]) Daß die Zustellung an den Chef nöthigenfalls in seiner Wohnung zu bewirken ist, folgt aus der Bestimmung des § 169[2]), aber hier treten eventuell die Bestimmungen der §§ 166 und 167 nicht in Wirksamkeit,[3]) sofern der Chef ein Geschäftslokal hat.

„für einen Unteroffizier oder einen Gemeinen". Dahin gehören alle anderen Grade bis zum Sekondelieutenant exklusive, nicht nur Obergefreite und Gefreite, sondern auch Portepée-Unteroffiziere.[4])

„des aktiven Heeres und der aktiven Marine". Damit ist nicht nur die Anwendbarkeit des § auf den Beurlaubtenstand, sondern auch auf Civilbedienstete der Militärverwaltung ausgeschlossen. Nur im Dienste stehende Soldaten werden von demselben betroffen, für diese aber ist es wieder gleichgültig, ob sie sich temporär von ihrer Kompagnie entfernt haben oder wo andershin kommandirt worden sind.[5]) Dagegen besteht § 158 nicht für Zustellungen an Unteroffiziere und Gemeine eines im Auslande befindlichen oder mobilen Truppentheils. Dort treten die Bestimmungen des § 184 in Wirksamkeit. Der § 158 wurde geschaffen mit Rücksicht auf den Garnisons- und Kasernendienst für Zustellungen im Inlande.

Eine Ausnahme der allgemeinen Bestimmungen des § 158 liegt in § 343.

Für die Zwangsvollstreckung ist § 158 anwendbar (§ 683 Absatz 2).

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 151. Vergl. übrigens § 211 Abs. 2 und die Bemerk. dazu.

[2]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[3]) Vergl. die Bemerk. zu § 169 a. E.

[4]) Anlage zum Militärstrafges. v. 20. Juni 1872.

[5]) Prot. z. nordd. E. S. 351—352.

§ 159.

Die Zustellung erfolgt an den Generalbevollmächtigten, sowie in den durch den Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten an den Prokuristen mit gleicher Wirkung, wie an die Partei selbst.

Der § stammt aus dem hannover'schen Entwurf, wo er zu einer langen Debatte Veranlassung gab.[1]) Die Motive bemerken hiezu: Dem gesetzlichen Vertreter einer Partei sind in ihrem Verhältnisse zu den Vertretern ähnlich: Generalbevollmächtigte und Prokuristen. Wie der Vormund sein Recht zur Prozeßführung aus der ihm nach dem Gesetze zustehenden Vermögensverwaltung herleitet, so brauchen der Generalmandatar d. i. der zur Verwaltung aller Vermögensangelegenheiten vom dominus Berufene und der Prokurist (Art. 42 des D.H.G.B.) zur Prozeßführung nicht besonders bevollmächtigt zu werden, sie haben vielmehr das Recht zur Prozeßführung generell bezw. in den das Handelsgewerbe betreffenden Angelegenheiten kraft des Gesetzes — es ist daher wohl gerechtfertigt, sie zum Empfange aller Zustellungen, auch der Klage, ebenso berechtigt und verpflichtet zu erachten, wie die Partei selbst.[2])

„Generalbevollmächtigten". Wie weit eine Generalvollmacht sich erstreckt, bestimmt das bürgerliche Recht;[3]) aber insofern ein Landesrecht nicht mit dem in den Motiven aufgestellten Begriff des Generalmandatars übereinstimmt, scheidet § 159 für den „Generalbevollmächtigten" aus; auf die Bezeichnung allein kommt es nicht an. Der gleiche § 160 des hann. Entwurfs wurde mit der ausdrücklichen Bevorwortung, daß, soweit er sich auf den Generalbevollmächtigten bezieht, hierunter nur die zur allgemeinen

---

[1]) Prot. z. hann. E. S. 254 ff., 5085 ff., 5094 ff., 5932—5933.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu § 152.

[3]) Für das gemeine Recht vergleiche Bayer, Vortr. zu Martin's Lehrb. § 75; preuß. L.R. Thl. I Tit. 13 § 188; Code civil Art. 1987; bayer. L.R. Thl. VI c. IX. § 1 vergl. mit cod. jud. c. VII. Sächs. bürg. G. § 1296. Vergl. auch S. 392 Anm. 1.

Vermögensverwaltung berechtigten Personen zu verstehen seien, angenommen.[4])

„durch den Betrieb eines Handelsgeschäftes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten". Hiedurch sollte eine Beschränkung auf Prozesse aus Handelsgeschäften nicht eintreten. Auch bei Prozessen eines Handelsgewerbes, die keine Handelsgeschäfte berühren (z. B. A.D.H.G. Art. 275) oder über Geschäfte, deren Vornahme dem Prokuristen ohne besondere Vollmacht nicht gestattet ist (A.D.H.G. Art. 42 Abs. 2) findet § 159 Anwendung.[5])

Die Motive bemerken weiter: Die eigenthümliche Stellung des Prokuristen, wie sie ihm Art. 42, 43 des deutschen Handelsgesetzbuchs eingeräumt hat, theilt der Handelsbevollmächtigte aber keineswegs; derselbe ist zur Prozeßführung nur dann berechtigt, wenn ihm diese Befugniß besonders durch seine Vollmacht beigelegt ist (Art. 47 D.H.G.B.)[6]) Ist dies aber der Fall, dann müssen in einem anhängigen Rechtsstreite im Parteiprozesse die Zustellungen an ihn gemacht werden.

Die Zustellung an die Partei selbst, bezw. deren gesetzliche Vertreter ist selbstverständlich durch § 159 nicht ausgeschlossen, auch wenn sie einen Generalbevollmächtigten oder Prokuristen hat,[7]) ebenso wenig scheidet § 159 aus, wenn ein Zustellungsbevollmächtigter bestellt wurde (§ 161).

Eine Ausnahme ist in § 164 Abs. 2 statuirt, wonach der Zustellungsbevollmächtigte selbst der Partei und also sicher auch einem andern Bevollmächtigten derselben, der nicht Prozeßbevollmächtigter ist, vorgeht.

---

[4]) Prot. z. hann. E. S. 5098, 5932—5935. Vergl. auch S. 5086, 5096, 5098 a. E. Prot. z. nordd. E. S. 355. Uebrigens hat der norddeutsche Entwurf die Zulässigkeit der Zustellung an den Generalbevollmächtigten nicht aufgenommen.

[5]) Prot. z. hann. E. S. 260 vergl. mit S. 5095 ff.

[6]) Auch bei Berathung des hann. Entw. wurde der Handelsbevollmächtigte ausgeschlossen. Prot. z. hann. E. S. 255.

[7]) Bes. Begr. d. E. zu § 152.

§ 160.

Wohnt eine Partei weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, so kann das Gericht, falls sie nicht einen in diesem Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat, auf Antrag anordnen, daß sie eine daselbst wohnhafte Person zum Empfange der für sie bestimmten Schriftstücke bevollmächtige. Diese Anordnung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Wohnt die Partei nicht im deutschen Reiche, so ist sie auch ohne vorgängige Anordnung des Gerichts zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten verpflichtet, falls sie nicht einen in dem durch den ersten Absatz bezeichneten Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat.

Da neben der Zustellung durch Gerichtsvollzieher die Zustellung durch die Post zugelassen ist,[1]) diese die Zustellung äußerst schnell vermittelt, ist es gestattet, der Partei als Regel die Vertheuerung, Gefährdung und Erschwerung der Prozeßführung zu ersparen, welche mit der Ernennung eines Zustellungsbevollmächtigten verbunden sind, sie also zur Aufstellung eines Insinuationsmandates nur zu verpflichten, wenn sich dieselbe ausnahmsweise als erforderlich ergeben sollte. Derartige Ausnahmsfälle werden vorliegen, wenn z. B. die Zustellung durch die Post nicht ausführbar ist oder sich als zu zeitraubend erweist. Es ist dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt, ob die konkrete Sachlage so gestellt ist, daß die Benennung eines Insinuationsmandatars nothwendig erscheint. Die Aufstellung eines solchen von Amtswegen ist ausgeschlossen, es wird immer der Antrag der Gegenpartei erfordert.[2])

„Wohnt eine Partei weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks", da ist zu ergänzen „aber

---

[1]) Und sogar die Regel bilden soll, vergl. die Bemerk. zu § 176.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 153, 154.

innerhalb des deutschen Reichs". Auch setzt der § einen Wohnsitz voraus. Ein nur temporärer Aufenthalt am Orte des Prozeßgerichts oder im betreffenden Amtsgerichtsbezirke befreit nicht von Verpflichtung zur Aufstellung eines Insinuationsmandatars, den Beklagten selbst nicht im Falle des § 21 der Civilprozeßordnung. Allerdings wird hier der längere oder kürzere Aufenthalt nur insoweit in Betracht kommen, als er auf den Entschluß der Gegenpartei, einen Antrag im Sinne des § zu stellen und des Gerichts, ihn zu bewilligen, Einfluß äußern kann.

„falls sie nicht einen Prozeßbevollmächtigten — bestellt hat". Hat die Partei einen Prozeßbevollmächtigten, der außerhalb dieses Kreises wohnt, so geschieht die Aufgabe der Sendung unter seiner Adresse (§ 160, 161), aber es ist hiebei das Verlangen der Aufstellung eines am Orte des Prozeßgerichts oder im Amtsgerichte wohnenden Zustellungsbevollmächtigten nicht ausgeschlossen. Unter Prozeßgericht ist übrigens nur das Gericht erster Instanz zu verstehen, da die Aufstellung des Zustellungsbevollmächtigten bei diesem für alle Instanzen gilt.[3])

„Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt", mag die Nothwendigkeit des Zustellungsbevollmächtigten ausgesprochen oder verneint werden.

„Wohnt die Partei nicht im deutschen Reiche", so hat sie die Verpflichtung, einen Insinuationsmandatar aufzustellen, wenn nicht die in Abs. 2 des § gegebenen Voraussetzungen vorhanden sind. Aber auch, wo keine Verpflichtung zur Aufstellung eines Insinuationsmandators besteht, kann der Partei das Recht zur Aufstellung eines solchen auch außerhalb des Falls des § 160 und mit Ausnahme des Falls des § 162 nicht verweigert werden. Es besteht hiefür keine Prohibitivbestimmung[4]) und der Partei

---

[3]) Vergl. § 161 Anm. 1 und die Bemerk. zu § 164. Da im Anwaltsprozesse und in den höheren Instanzen die Parteien einen am Prozeßgerichte zugelassenen und am Orte desselben wohnhaften Rechtsanwalt bevollmächtigen müssen, so muß hier jede Partei einen Prozeßbevollmächtigten aufstellen.

[4]) §§ 157 ff. können nicht als solche betrachtet werden, wie Puchelt, C.P.O. S. 434 Nr. 7 annimmt; eine nicht prozeßfähige Partei kann keinen Insinuationsmandatar aufstellen, sondern nur deren gesetzlicher Vertreter.

kann unter Umständen viel daran gelegen sein, daß eine ihr nahe stehende am Orte des Gerichts wohnende Persönlichkeit ihre Insinuanda in Empfang nehme.[5])

Verweigert ein aufgestellter und als solcher bekannt gegebener Insinuationsmandatar die Annahme der Zustellung, so ist dieselbe als gültig erfolgt zu erachten[6]) und nach § 170 zu verfahren.

Ueber die Kosten der Aufstellung eines Insinuationsmandatars enthält die Civilprozeßordnung keine Bestimmung. Im Falle des Abs. 2 sind sie immer nothwendig, im Falle des Abs. 1 aber dann, wenn dem Antrage auf Anordnung einer Aufstellung stattgegeben wird und daher von der unterliegenden Partei zu tragen (§ 87).

§ 161.

Der Zustellungsbevollmächtigte ist bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung oder, wenn die Partei vorher dem Gegner einen Schriftsatz zustellen läßt, in diesem zu benennen. Geschieht dies nicht, so können alle späteren Zustellungen bis zur nachträglichen Benennung in der Art bewirkt werden, daß der Gerichtsvollzieher das zu übergebende Schriftstück unter der Adresse der Partei nach ihrem Wohnorte zur Post giebt. Die Zustellung wird mit der Aufgabe zur Post als bewirkt angesehen, selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt.

Die Postsendungen sind mit der Bezeichnung „Einschreiben" zu versehen, wenn die Partei es verlangt und zur Zahlung der Mehrkosten sich bereit erklärt.

Im Parteiprozesse muß also schon in der Klageschrift im Falle des § 160 Absatz 2 ein Zustellungsbevollmächtiger ernannt

---

[5]) Die Partei wohnt z. B. in einer im Amtsgerichtssprengel weit vom Orte des Prozeßgerichts gelegenen Einöde, mit welcher keine tägliche Postverbindung besteht. Daß § 238 des nordd. Entwurfs der Partei gestattet, einen Insinuationsmandatar aufzustellen und diese Bestimmung in die C.P.O. nicht speziell aufgenommen wurde, kann nicht entgegenstehen.

[6]) Prot. z. nordd. E. S. 352—353.

werden und geschieht das nicht, kann die Zustellung durch Aufgabe zur Post erfolgen.[1])

In der Benennung durch die Partei liegt die Beglaubigung des Insinuationsmandatars, ein besonderer Vollmachtsnachweis kann nicht verlangt werden, zumal die Zustellung an die Partei selbst unbenommen ist. Die einmal erfolgte Benennung gilt für alle Instanzen,[2]) einschließlich der Zwangsvollstreckung; die §§ 82, 83 werden dabei zur analogen Anwendung kommen.[3]) Selbstverständlich kann eine Partei die Behändigungsvollmacht nur für eine Instanz ertheilen,[4]) oder eine solche auch erst in höherer Instanz nothwendig werden, z. B. durch das Wegziehen der Partei, welcher zuzustellen ist, aus dem Amtsgerichtssprengel vor Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten.

„Geschieht dies nicht". An die Unterlassung der Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten — welchen die Fälle gleich zu stellen sind, wenn die Bestellung ohne Ernennung einer anderen Person widerrufen wird, oder die Zustellung an die benannte Person nicht vollzogen werden kann (Württemberg Art. 230) — knüpft der § 161 die Folge, daß die Post als Insinuationsmandatar der nachlässigen Partei und das Schriftstück mit der Aufgabe zur Post durch den Gerichtsvollzieher als dem Requisiten zugestellt gelten soll.[5])

„so können alle späteren Zustellungen". Der Gegner der nachlässigen Partei ist nicht verpflichtet, die Post als Insinuations-

---

[1]) Im Anwaltsprozesse gilt der die Klage anfertigende Anwalt so lange als Prozeßbevollmächtigter, als seine Vollmacht vor dem erkennenden Gerichte nicht beanstandet wird.

[2]) Bei Berathung des hann. Entwurfs war als besonderer § beantragt worden: „Die Bestellung des Behändigungsbevollmächtigten gilt für alle Rechtszüge" u. s. w., der Antrag wurde aber abgelehnt, weil es selbstverständlich sei, daß, wenn keine Beschränkung hinzugefügt sei (vergl. § 164 Abs. 2), die Bestellung auf den ganzen Prozeß bezogen werden müsse. Prot. z. hann. Entw. S. 244, 251.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 153, 154 unter Bezugnahme auf Schmitt Bd. 2 S. 735—736.

[4]) Vergl. die vorstehende Anm.

[5]) Bes. Begr. d. E. a. a. O. Die Zustellung mittelst Aufgabe zur Post ist wesentlich verschieden von der Zustellung durch die Post (§ 176).

mandatar anzunehmen; will er von der ihm gebotenen Erleichterung keinen Gebrauch machen, so kann auch ferner, wie schon erwähnt, die Zustellung an die nachlässige Partei direkt erfolgen. Aber auch dann, wenn eine Partei einen Zustellungsbevollmächtigten ernannt hat, kann der Partei selbst rechtswirksam zugestellt werden. In der Justizkommission wurde der Antrag gestellt, statt § 164 Abs. 2 einzusetzen: „in jedem Falle kann die Zustellung an den Gegner selbst, oder dessen in erster Instanz bestellten Zustellungsbevollmächtigten erfolgen und zwar an den Gegner mittelst Aufgabe" u. s. w. und dieser Antrag auf die Bemerkung des Direktors im Reichskanzleiamte v. Amsberg, daß hiedurch die beste Gelegenheit zur Chikane gegeben werde, indem eine Partei dem entfernt wohnenden Gegner mit Umgehung des Zustellungsbevollmächtigten zustellen lasse, verworfen;[6]) allein hiemit sollte nur das Verbot der Zustellung an die Partei bei dem Vorhandensein eines Prozeßbevollmächtigten[7]) aufrecht erhalten werden und besteht kein Grund, hieraus ein allgemeines Prinzip abzuleiten.

„daß der Gerichtsvollzieher". Es ist darauf hinzuweisen, daß § 152 Abs. 2 auch für § 161 besteht und eine Zustellung durch Vermittlung des Gerichtsschreibers zuläßt. Aber ein unmittelbarer Verkehr des Gerichtsschreibers mit der Post (§ 179) ist hier ausgeschlossen, der Gerichtsschreiber kann nur einen Gerichtsvollzieher beauftragen. Ein etwaiger Frankaturzwang ist zu berücksichtigen.

„unter der Adresse der Partei nach ihrem Wohnort". Voraussetzung ist, daß die Adresse, so wie sie gewählt wurde, mit Grund gewählt worden ist. Eine Partei, welche beispielsweise im Laufe des Prozesses ihren Wohnort ändert, ohne dies dem Gerichte oder dem Gegner anzuzeigen, wird sich gefallen lassen müssen, daß das zuzustellende Schriftstück noch ferner nach ihrem bisherigen Wohnorte adressirt wird; ist dagegen die Anzeige erfolgt, so haben der Gegner und das Gericht die ihnen mitgetheilte

---

[6]) Prot. d. J.K. S. 58—59, 529—500.

[7]) Vergl. § 162.

Adresse des Requisiten zu wählen, um auf diesem Wege rechtsgültig zuzustellen.[8])

„zur Post giebt". Die Civilprozeßordnung betrachtet die Aufgabe zur Post als Strafzustellung. Die Post wird als Zustellungsbevollmächtigter betrachtet.[9])

„wenn die Partei es verlangt" d. h. die auswärtige Partei, welcher zugestellt werden soll,[10]) sie muß sich also vor der Zustellung mit ihrem Verlangen an den Gegner wenden. Ein Rechtsnachtheil für die Unterlassung des Einschreibens in diesem Falle ist aber nicht angedroht. Es ist im Erfolg für die Partei, welcher zugestellt werden soll, auch gleichgültig, ob ein eingeschriebenes oder nicht eingeschriebenes Poststück verloren geht. § 161 ist auch für Zustellungen des Gerichtsvollziehers im Vollstreckungsverfahren (§ 683 Abs. 2) anwendbar.

Die Vorschriften des französischen und badischen Rechts über das domicile élu bleiben, soweit es sich um Zustellungen handelt, durch die Civilprozeßordnung unberührt.[11])

§ 162.

Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, müssen an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen.

„welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen".[1]) Während Zustellungen, welche den Rechtsstreite anhängig machen (Zustellung der Klage, Ladungsurkunde des Gerichtsvollziehers), nothwendig an die Partei selbst, oder die mit ihr identischen Personen (§§ 157—159) zu geschehen haben, dürfen, nachdem der

---

[8]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[9]) Vergl. die Motive in den Bemerk. zu § 176, so wie diese selbst.

[10]) Der in der Justizkommission angenommene Antrag Dr. Behr's lautet: Auf Begehren der auswärtigen Partei sind die Postsendungen mit der Bezeichnung „Einschreiben" zu versehen u. s. w. Die nunmehrige Fassung erhielt Abs. 3 durch die Redaktionskommission. Prot. d. J.K. S. 58.

[11]) E.G. z. C.P.O. § 15 Nr. 5.

[1]) Ueber „anhängig" sind §§ 230, 235, 460 zu vergleichen.

Rechtsstreit einmal anhängig geworden, alle weiteren Zustellungen nicht mehr in gleicher Weise erfolgen, wenn die Partei einen Prozeßbevollmächtigten bestellt hat.[2]) Der Grund für die obligatorisch vorgeschriebene Zustellung an den Letzteren anstatt an die Partei liegt in der berechtigten Annahme, daß durch die Ertheilung der Prozeßbevollmacht die Partei sich des eigenen Prozeßbetriebs begeben hat. Konsequenter Weise kann in solchen Fällen die ungerechtfertigte Zustellung an die Partei anstatt an den Prozeßbevollmächtigten nicht diejenigen Wirkungen (Beginn des Laufes der Nothfrist u. s. w.) äußern, welche sonst mit der Zustellung eingetreten sein würden. — Die Civilprozeßordnung hat die Vorschrift des § 162 als eine ausnahmslose für alle Zustellungen — jeder Art,[3]) jedes Gegenstandes, jeder Instanz — geltende hingestellt, sie kennt, abgesehen vom Falle der §§ 217, 223 nirgends eine doppelte Zustellung.[4]) Daher muß selbst bei Anordnung des persönlichen Erscheinens der Partei (§ 132) die Zustellung der Ladung an den Prozeßbevollmächtigten, wenn ein solcher existirt, bewirkt werden, ebenso bei einer Ladung zur Eidesleistung durch die Partei.[5])

Der § 162 besteht für den Anwalts- wie für den Parteiprozeß und Prozeßbevollmächtigter muß nicht immer ein Rechtsanwalt sein (§ 74). Hat der Requisit einen Prozeßbevollmächtigten, der aber außerhalb des im § 160 gezogenen Kreises wohnt, so geschieht die Aufgabe der Sendung unter der Adresse des Prozeßbevollmächtigten.

Wo nicht von einem anhängigen Rechtsstreite gesprochen werden kann, ist die Zustellung an die Partei nicht nur zulässig,

---

[2]) Die Motive setzen hiebei ein spezielles dem Gericht bekannt gegebenes Prozeßmandat voraus. Auch der Generalbevollmächtigte ist Prozeßbevollmächtigter, und doch kann nur an diesen, muß nicht an ihn eine Zustellung erfolgen (§ 76 mit § 159), so lange er nicht als Prozeßbevollmächtigter zu handeln hat, und darf nicht an ihn zugestellt werden, sobald ein anderer Prozeßbevollmächtigter für die konkrete Sache aufgestellt ist.

[3]) Z. B. die Aufforderung nach § 125.

[4]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 155—157.

[5]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

sondern sogar nothwendig, trotz des Vorhandenseins eines Prozeßbevollmächtigten.[6]) Auch die Zustellung der Klage selbst hat immer an die beklagte Partei bezw. deren Vertreter zu erfolgen. Die Bestimmung des norddeutschen Entwurfs § 238 Absatz 2, wonach als Zustellungsbevollmächtigter gilt, wer zur Führung eines noch nicht anhängigen Prozesses bevollmächtigt ist, wurde von der Civilprozeßordnung absichtlich nicht aufgenommen.

„müssen". Damit ist nicht ausgesprochen, daß die Zustellung direkt an den Prozeßbevollmächtigten zu erfolgen hat. Wohnt er nicht am Orte des Prozeßgerichts oder im Sprengel des Amtsgerichts, in welchem sich dieser Ort befindet, so kann auch für den Prozeßbevollmächtigten ein Insinuationsmandatar aufgestellt werden (§ 160).

„an den — bestellten Prozeßbevollmächtigten". Auch der einstweilen zur Prozeßführung zugelassene Geschäftsführer ohne Auftrag und der Prozeßbevollmächtigte, der noch keine Vollmacht beigebracht hat, sind als Prozeßbevollmächtigte zu betrachten[7]) und zwar ohne Rücksicht, ob sie im Parteiprozesse oder Anwaltsprozesse auftreten, im ersteren Falle jedoch nur von der Zeit der Zulassung an.[8]) Der § denkt hier, wenn er sagt „an den" nur an einen Prozeßbevollmächtigten, aber auch beim Vorhandensein mehrerer (§ 80) hat nur an einen eine Zustellung zu erfolgen, da hier Art. 157 Abs. 3 anzuwenden ist. Die Wahl, wem von mehreren zuzustellen ist, muß dem Zustellenden überlassen bleiben. Der Gewählte erhält auch nur eine Copie oder die Ausfertigung, wenn eine solche zuzustellen ist, ebenso erhält der Prozeßbevollmächtigte mehrerer Betheiligter nur eine Copie oder eine Ausfertigung (§ 172). Die Berechtigung des Prozeßbevollmächtigten zum Empfange von Zustellung kann in der Vollmacht nicht ausgeschlossen werden (§ 79). In den Fällen, in denen das Gericht

---

[6]) Hieher gehört die Erhebung des Widerspruchs gegen angeordneten Arrest (§ 804), wenn der Arrest durch einen zur Klagstellung in der Hauptsache (§ 806) schon bevollmächtigten Anwalt (§ 78) nachgesucht wurde.

[7]) A. M. Uebel Comm. z. C.P.O. S. 162 Nr. 4. Vergl. die Bemerk. zu § 85.

[8]) § 161 Anm. 1.

die formelle und materielle Richtigkeit der Zustellung von Amtswegen zu prüfen hat, muß eine ungültige Zustellung berücksichtigt werden, außerdem kann nach § 267 Heilung eintreten.

§ 163.

Als zu der Instanz gehörig sind im Sinne des vorstehenden Paragraphen auch diejenigen Prozeßhandlungen anzusehen, welche das Verfahren vor dem Instanzgerichte in Folge eines Einspruchs, einer Aufhebung des Urtheils des Instanzgerichts, einer Wiederaufnahme des Verfahrens oder eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungs-Instanz zum Gegenstande haben. Das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte ist als zur ersten Instanz gehörig anzusehen.

„auch diejenigen Prozeßhandlungen". Zu welcher Instanz Zustellungen gehören, könnte in einzelnen Fällen zu Zweifeln Veranlassung geben; diese Fälle haben daher im § 163 eine ausdrückliche Entscheidung gefunden.[1]) Man hat also angenommen, daß andere im § nicht vorgesehene Fälle zu Zweifeln keine Veranlassung geben, wie eine Widerklage u. dergl. und deshalb weitere Prozeßhandlungen speziell nicht aufgeführt. Daß eine Hauptintervention, ein Arrest und einstweilige Verfügungen als zur Instanz gehörig zu betrachten sind, ergiebt sich aus § 78.

„Das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte". Es macht keinen Unterschied, wenn der aufgestellte Prozeßbevollmächtigte als Zustellungsbevollmächtigter nicht an dem Orte wohnt, wo die Vollstreckung stattfindet.[2]) Auch in diesem Falle ist dem noch so weit wohnenden Prozeßbevollmächtigten zuzustellen und eine Ver-

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 155—157. Vergl. hierüber die §§ 303 ff., 500, 510, 527, 528, 541 ff., 686 ff., 710.

[2]) Wernz in d. Ztschr. f. R. u. L.R. Bd. III S. 355 bemerkt hiezu, es möchte sich fragen, ob hiebei nicht übersehen sei, daß die Urtheile vielfach nicht zum Zwecke sofortiger Vollstreckung, sondern zu andern Zwecken (in dem Gebiete des franz. Rechts z. B. um eine Generalhypothek zu erlangen) erwirkt werden, und es daher vorkommen kann, daß erst nach Jahren ein Anlaß, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, sich ergiebt.

pflichtung zur Aufstellung eines Insinuationsmandatars besteht hier nicht (§ 160).

§ 164.

Die Zustellung eines Schriftsatzes, durch welche ein Rechtsmittel eingelegt wird, erfolgt an den für die höhere Instanz von dem Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten; wenn ein solcher noch nicht bestellt wird, an den Prozeßbevollmächtigten der zunächst nachgeordneten Instanz; in Ermangelung eines solchen an den Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz.

Ist auch kein Prozeßbevollmächtigter erster Instanz vorhanden, so erfolgt die Zustellung an den von dem Gegner, wenngleich nur für die erste Instanz, bestellten Zustellungsbevollmächtigten; in Ermangelung eines solchen an den Gegner selbst, und zwar an diesen durch Aufgabe zur Post, wenn er einen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen hatte, die Bestellung aber unterlassen hat.

„Die Zustellung eines Schriftsatzes". In jedem Falle soll die Zustellung an denjenigen Prozeßbevollmächtigten bewirkt werden, der für die Instanz, in welcher die Zustellung nothwendig wird, bestellt ist.[1])

„durch welchen ein Rechtsmittel". Das sind lediglich die Berufung, die Revision und die Beschwerde.

„an den für die höhere Instanz — bestellten Prozeßbevollmächtigten". Die im § vorgeschriebene Reihenfolge ist einzuhalten, wenn ein Rechtsmittel gültig eingelegt werden soll.[2])

„der ersten Instanz", da der Prozeßbevollmächtigte zur Bestellung von Prozeßbevollmächtigten für die höhere Instanz ermächtigt ist.[3]) Im Falle des Abs. 1 ist auch dann dem Prozeßbevollmächtigten mittelst Aufgabe zur Post zuzustellen, wenn dieser

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 155—157.

[2]) Dr. Grimm wies bei der Berathung in der Justizkommission darauf hin, daß der geringste Irrthum des Anwalts das Rechtsmittel desert mache. Prot. d. J.K. S. 529.

[3]) Prot. z. nordd. E. S. 1502.

selbst auf Grund des § 160 einen Zustellungsbevollmächtigten aufzustellen hatte.

„wenngleich nur für die erste Instanz bestellten". Diese Worte beziehen sich auf die Möglichkeit, daß eine Partei einen Zustellungsbevollmächtigten ausdrücklich nur für die erste Instanz bestellt hat, da ihm eine desfallsige Beschränkung gestattet sein muß.[4]) Dann muß aber allerdings die Partei, wenn sie sich nicht den in § 160 angeführten Folgen aussetzen will, nöthigen Falls für die höheren Instanzen wiederholt einen Insinuationsmandatar aufstellen.

Hier ist auch § 8 Absatz 2 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung zu erwähnen, der bestimmt:[5])

Die Zustellung der Abschrift der Revisionsschrift an den Revisionsbeklagten und die Bekanntmachung des Termins zur mündlichen Verhandlung an die Parteien erfolgt in Gemäßheit des § 164 der Civilprozeßordnung.[6])

§ 165.

Die Zustellungen können an jedem Orte erfolgen, wo die Person, welcher zugestellt werden soll, angetroffen wird.

Hat die Person an diesem Orte eine Wohnung oder ein Geschäftslokal, so ist die außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals an sie erfolgte Zustellung nur gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist.

Die Motive bemerken hiezu: Wo möglich soll jede Zustellung dem Adressaten zu „eigenen Händen" übergeben werden, natürlich zu angemessener Zeit und am passenden Orte. Der Ort der Zustellung ist vom Domizil des Requisiten und den sonstigen Momenten, welche eben den Gerichtsstand für ihn an einem bestimmten Orte begründen möchten, durchaus unabhängig, jeder in

---

[4]) A. M. Puchelt C.P.O. S. 435. Vergl. S. 581 Anm. 2.

[5]) Vergl. hiezu die Bemerkungen zu § 515.

[6]) Ueber die Frage, ob der am Prozeßgericht wohnende oder der am Domizil der requirirenden Partei wohnende Gerichtsvollzieher die Beförderung zur Post zu besorgen hat, vergleiche die Bemerkungen zu § 176.

Deutschland gelegene Ort (Stadt, Dorf ꝛc.), wo der Adressat, auch wenn er Ausländer ist, sich antreffen läßt, ist ein gesetzlicher Zustellungsort. Innerhalb des Zustellungsorts kann der Adressat verlangen, daß ihm in seiner Wohnung (die er unter Umständen auch im Gasthofe haben wird) oder in seinem Geschäftslokale zugestellt wird. Stellt er dieses Verlangen nicht oder hat er an dem Zustellungsorte weder Wohnung noch Geschäftslokal, so kann ihm an jeder passenden Stelle, wo er angetroffen wird, zugestellt werden. Daß dazu Kirchen oder sonstige gottesdienstliche Gebäude nicht gehören,[1]) wird keiner besonderen Hervorhebung bedürfen.

Die Zustellung an Erben im Sterbehause wurde absichtlich in den § 157 nicht aufgenommen; es unterliegt aber keinem Zweifel, daß sie auf Grund des § 165 erfolgen kann.

An Orten, wo der Adressat weder Wohnung noch Geschäftslokal hat, kann ihm nur persönlich zugestellt werden, von einer Zustellung an andere Personen als Surrogat der persönlichen Zustellung, von der s. g. Ersatzzustellung ist an solchen Orten keine Rede, auch wenn daselbst zufällig Familienangehörige des Adressaten, bezw. andere der in den §§ 166—169 benannten Personen von dem Gerichtsvollzieher angetroffen werden.[2])

„im Geschäftslokal". Darunter wird ein eigenes Geschäftslokal verstanden. Ein Handlungsreisender, der sich nur für Stunden in dem Geschäftslokale seines Prinzipals aufhält, um mit diesem abzurechnen und sogleich weiter zu reisen, kann sich, wenn ihm außer diesem Geschäftslokale zugestellt wird, nicht darauf berufen, daß er ein Geschäftslokal habe.[3]) Dasselbe gilt von jedem Commis, den Hülfsarbeitern bei Rechtsanwälten, selbst von Beamten in Privatangelegenheiten hinsichtlich ihres Bureaus.

---

[1]) Aber Theater, Cirkus, öffentliche Wirthschaftslokalitäten gehören dazu, auch zur Nachtzeit, aber nur mit besonderer Erlaubniß an Sonn- und Feiertagen. (§ 171). Auch bei Berathung des norddeutschen Entwurfs hielt man ein Verbot der Zustellung in gottesdienstlichen Gebäuden für entbehrlich. Prot. z. nordd. Entw. S. 356.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 158—164.

[3]) Prot. z. nordd. E. S. 359.

§ 166.

Wird die Person, welcher zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen, so kann die Zustellung in der Wohnung an einen zu der Familie gehörenden erwachsenen Hausgenossen oder an eine in der Familie dienende erwachsene Person erfolgen.

Wird eine solche Person nicht angetroffen, so kann die Zustellung an den in demselben Hause wohnenden Hauswirth oder Vermiether erfolgen, wenn diese zur Annahme des Schriftstücks bereit sind.

„in ihrer Wohnung nicht angetroffen". Es kommt nicht darauf an, ob die Person angetroffen wird (oder sich antreffen läßt), es findet alsdann Ersatzzustellung statt mit derselben Wirkung, als würde dem Adressaten zu eigenen Händen insinuirt. Das Gesetz regelt die Ersatzzustellung in den §§ 166—170 und überläßt dabei dem vernünftigen Ermessen des Gerichtsvollziehers, ob im konkreten Falle von einer solchen Ersatzzustellung Gebrauch zu machen ist. Es kann in vicem adressati in der dort bestimmten Weise zugestellt werden; ob die betreffenden Personen thatsächlich annehmen, bezw. weiter befördern, davon hängt die Wirksamkeit der Zustellung nicht ab,[1]) so wenig, wie bei eigener Weigerung des Adressaten (§ 170); hat der Gerichtsvollzieher die Vorschriften der §§ 166—170 befolgt, so erwächst keinem Theile daraus ein Einwand gegen die Ersatzzustellung.[2])

„an einen zu der Familie gehörigen". Der Entwurf enthielt die Bestimmung: „an eine in der Wohnung anwesende zu der Familie gehörige oder in der Familie dienende Person erfolgen". Hausgenossenschaft war nicht erfordert, während man solche in der Justizkommission für die Familienangehörigen, nicht aber für die Dienerschaft nothwendig hielt.[3]) Der Gerichtsvollzieher und der Postbote müssen sich also erkundigen, ob das Familienglied auch Hausgenosse ist, d. h. bei der Familie wohnt. Es ist übrigens

---

[1]) Aber die Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Einspruchsfrist kann davon abhängen (§ 211 Abs. 2).

[2]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 158—164.

[3]) Prot. d. J.K. S. 59, 530.

darauf hinzuweisen, daß der § nicht von „Verwandten" spricht. Auch der entfernteste Grad der Affinität gehört hier zur Familie.

„erwachsenen Hausgenossen". Die deutschen Justizgesetze sprechen öfter von erwachsenen Personen, ohne zu sagen, wer erwachsen ist. Großjährigkeit wird nicht erfordert. Man wird nicht mehr schulpflichtige Hauskinder, die beurtheilen können, daß die Unterlassung der Zustellung des Schriftstücks an den Adressaten für diesen schlimme Folgen haben kann, wohl darunter rechnen dürfen. Es ist dies eben quaesio facti.

„in der Familie dienenden". Damit ist die Zustellung an Portiers, die man bei Berathung des hannover'schen Entwurfs als Bedienstete sämmtlicher Hausbewohner bezeichnete,[4]) ausgeschlossen, insofern nicht der Portier als Bediensteter des im Hause wohnenden Hausbesitzers oder Hauswirths in Betracht kommt und diese Personen als Partei erscheinen. Ueberhaupt ist es Thatfrage, ob eine Person als in der Familie dienend zu betrachten ist. So wird man den Auslaufer eines Geschäftshauses nicht als den Bediensteten der Familie betrachten können, wohl aber den Pferdewärter oder Bedienten eines Offiziers.

„in demselben Hause wohnenden Hauswirth". Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs wurde der Ausdruck „Hauswirth" beanstandet, aber beibehalten und hiebei darauf hingewiesen, daß derselbe bereits reichsgesetzlich in Gebrauch in das Bundes-Post-Reglement übergegangen sei und auch Stellvertreter des Hauseigenthümers z. B. Nießbraucher, sogenannte Vicewirthe u. s. w. umfasse.[5])

„oder Vermiether". Diese Worte wurden dem § bei Berathung des hannover'schen Entwurfs eingeschaltet, da es, namentlich bei Aftervermiethungen, den Verhältnissen entsprechend sei, wenn dem Vermiether in gleicher Weise wie dem Hauseigenthümer behändigt werden könne.[6]) Also fällt auch die Aftermiethe unter Absatz 2.

---

[4]) Prot. z. hann. E. S. 272—273 vergl. mit § 162 Abs. 1 des hann. Entwurfs.

[5]) Prot. z. nordd. E. S. 357.

[6]) Prot. z. hann. Entw. S. 5099.

Die Bestimmung des Absatz 2 ist aber nicht auf deren erwachsene Familienangehörige oder Bedienstete auszudehnen,[7]) an diese Personen darf die Zustellung nicht erfolgen.

„wenn diese zur Annahme des Schriftstücks bereit sind". Während die in Abs. 1 bezeichneten Personen zur Annahme der Zustellung verbunden sind und bei ihrer Weigerung § 170 in Anwendung zu bringen ist, fällt diese Anwendung bei Verweigerung der Annahme durch die in Absatz 2 bezeichneten Personen hinweg.

Eine unrichtige Ersatzzustellung ist ungültig, bewirkt keine Rechtshängigkeit der Sache, selbst dann nicht, wenn die Klagschrift rechtzeitig zu Händen der Partei gelangt, insofern nicht der Beklagte auf die Ungültigkeit der Zustellung durch Unterlassung einer Rüge nach § 267 verzichtet.[8]) Die §§ 166—170 bestehen auch für die Zwangsvollstreckung (§ 683 Abs. 2).

§ 167.

Ist die Zustellung nach diesen Bestimmungen nicht ausführbar, so kann sie dadurch erfolgen, daß das zu übergebende Schriftstück auf der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts, in dessen Bezirke der Ort der Zustellung gelegen ist, oder an diesem Orte bei der Postanstalt oder dem Gemeindevorsteher oder dem Polizeivorsteher niedergelegt und die Niederlegung sowohl durch eine an der Thür der Wohnung zu befestigende schriftliche Anzeige, als auch, soweit thunlich, durch mündliche Mittheilung an zwei in der Nachbarschaft wohnende Personen bekannt gemacht wird.

„nach diesen Bestimmungen". Das sind die Bestimmungen des § 166, nicht aber der nachfolgenden §§ 168 oder 169.[1]) Die Motive bemerken: „Auf das Geschäftslokal findet der § 167

---

[7]) Wie dies in § 162 Abs. 2 des hann. Entw. geschehen ist.

[8]) Dann muß er aber natürlich zur mündlichen Verhandlung — im Anwaltsprozesse ein Anwalt — erscheinen.

[1]) Der mit § 167 gleiche § 244 des norddeutschen Entwurfs hat vorsichtig die Fassung „nach den Bestimmungen des § 243", der unserem § 166 entspricht.

keine Anwendung (vergl. § 169 Abs. 2);"[2]) auch wurde ein Antrag in der Justizkommission nach den Worten: „an der Thür der Wohnung" einzuschalten: „oder des Geschäftslokals" abgelehnt.[3]) Hieraus folgt, daß, wenn es sich um Zustellungen an die in dem § 168 genannten Personen handelt, die Zustellung nicht erst im Geschäftslokale derjenigen Person, welcher zugestellt werden soll, versucht werden muß,[4]) sondern sofort nach § 167 verfahren werden kann.

„und die Niederlegung". Durch die Niederlegung allein wird nicht rechtsgültig zugestellt, es muß die Niederlegung durch die schriftliche Anzeige an die Thüre der Wohnung dabei bekannt gemacht werden. Wenn aber die Wohnung keine Thüre hat?[5]) Dann muß wohl die zunächst zu der Wohnung führende Thüre, sei es die Bodenthüre oder die Hausthüre oder ein Thürbalken, als Wohnungsthüre betrachtet werden.[6]) Wo übrigens der Gerichtsvollzieher niederlegen will, ist ganz seinem Belieben anheim gestellt, er ist nicht verpflichtet, die im § aufgeführte Reihenfolge einzuhalten oder zu untersuchen, durch welche Art von Niederlegung das zuzustellende Schriftstück sicherer zu Händen des Requisiten kommt. Auch die Form der Anzeige, wo er niederlegt hat, ist ihm überlassen, insofern nicht reglementmäßige Vorschriften etwas Anderes anordnen. Endlich ist dem Gerichtsvollzieher überlassen, ob er zuerst die Anzeige anheften und dann niederlegen will, oder umgekehrt. Erfolgt die Niederlegung im Orte der Zustellung, so geht sicherer die Niederlegung voraus, außerdem muß sie wohl nachfolgen, was aber so bald als möglich geschehen muß. Allerdings wird es öfters an demselben Tage nicht möglich sein.

---

[2]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 158—164 a. E.

[3]) Prot. der J.K. S. 59.

[4]) Vergl. hiezu § 169 Abs. 2 und die Bemerkungen hiezu.

[5]) Arbeiter haben oft nur gemeinschaftliche Schlafstellen auf dem Dachboden eines Hauses.

[6]) In § 244 des nordd. Entwurfs hieß es nach dem Beschlusse der Kommission „Stuben- oder Hausthüren", was die Redaktionskommission in „Thüre der Wohnung" änderte. Prot. z. nordd. Entw. S. 359.

„als auch, soweit thunlich“ u. s. w. Aus dem Zusatze „soweit thunlich“ folgt, daß die mündliche Mittheilung an Nachbarn nicht nothwendiges Requisit der gültigen Zustellung ist. Zur Erntezeit stehen oft halbe Dörfer leer und wird der Gerichtsvollzieher kaum Nachbarn antreffen, aber der Gerichtsvollzieher muß dies in der Zustellungsurkunde bemerken (§ 174 Nr. 4). Die Unterlassung einer mündlichen Mittheilung an zwei Nachbarn macht aber die Zustellung nicht ungültig. Bei Berathung des gleichen § 244 des norddeutschen Entwurfs war man zwar verschiedener Meinung, indem einzelne Mitglieder nur das Anheften der Anzeige bezw. Aufforderung zur Empfangnahme für wesentlich, alles Andere nur für instruktionell erachteten, andere dagegen erst mit der Hinterlegung die Zustellung als vollendet ansahen; daß aber auch die Mittheilung an die Nachbarn wesentlich sei, wurde von Niemand behauptet, im Gegentheil, es wurde bemerkt, daß bei der Hinterlegung vielleicht die Zuziehung von Nachbarn zu entbehren sei, aber darauf erwidert, daß diese Zuziehung, so bald dieselbe ausführbar, doch nützlich sei.[7])

§ 168.

Für Gewerbetreibende, welche ein besonderes Geschäftslokal haben, kann, wenn sie in dem Geschäftslokale nicht angetroffen werden, die Zustellung an einen darin anwesenden Gewerbegehülfen erfolgen.

Wird ein Rechtsanwalt, welchem zugestellt werden soll, in seinem Geschäftslokale nicht angetroffen, so kann die Zustellung an einen darin anwesenden Gehülfen oder Schreiber erfolgen.

„Für Gewerbetreibende“. Der Ausdruck Gewerbetreibende ist nicht gleichbedeutend mit Handwerker. Auch Fabrikanten, Banquier, Apotheker sind Gewerbetreibende im Sinne des Gesetzes, dagegen fallen Aerzte und Künstler nicht unter § 168, selbst wenn sie eine eigene Sprech- und Operationsstube und bezw. ein Atelier besitzen.

---

[7]) Prot. z. nordd. E. S. 358.

„ein besonderes Geschäftslokal". Es ist zu bemerken, daß § 165 nur von „Geschäftslokal" spricht. § 168 verlangt ein von der Wohnung abgesondertes Geschäftslokal und ist nicht anwendbar, wenn, wie es bei kleinen Handwerkern oft vorkommt, das Wohnzimmer zugleich die Werkstatt bildet. Auch verlangt der § 168 ein eigenes Geschäftslokal. Für Handlungsgehülfen, die täglich auf dem Comptoir ihres Prinzipals arbeiten, besteht er nicht.[1])

„anwesenden Gewerbegehülfen". Das Gesetz spricht nicht von einem ständig darin beschäftigten. Also kann auch einem zufällig im Comptoir seines Prinzipals anwesenden Handlungsreisenden[2]) für diesen Prinzipal zugestellt werden. Wer Gewerbegehülfe ist, ist theils aus der Gewerbeordnung und dem deutschen Handelsgesetzbuche, theils aber aus den Umständen zu entnehmen. Lehrlinge fallen nicht darunter. Gehülfe ist terminus technicus, auch in Absatz 2 Gehülfe und Schreiber einander gegenübergestellt.

„Wird ein Rechtsanwalt". Eine Ausdehnung der Bestimmungen des Abs. 2 des § auf andere ähnliche Verhältnisse, wie Notare, Gerichtsvollzieher, ist ausgeschlossen.

„kann erfolgen". Der Gerichtsvollzieher hat die Wahl, ob er an die genannten Personen in deren Geschäftslokal oder in deren Wohnung zustellen will. Bei der Unmöglichkeit der Ersatzzustellung im Geschäftslokale muß aber erst die Zustellung nach § 166 versucht werden, und erst, wenn auch dies vergeblich geschah, tritt die Ersatzzustellung nach § 167 ein.[3]) Es ist gleichgültig für die Anwendbarkeit des § 168, ob die Zustellung an die betreffende Person in ihren eigenen Angelegenheiten (z. B. eigenen Prozessen des Anwalts) oder in fremden Angelegenheiten zu erfolgen hat.[4])

---

[1]) Prot. z. nordd. E. S. 359.

[2]) Abgesehen von einem sogen. Provisionsreisenden.

[3]) Vergl. die Bemerk. zu § 167.

[4]) Bei Berathung des § 245 des nordd. Entwurfs, der in Abs. 1 und 3 unsern § 168 bildet, überließ man es der Kommission, dies auszudrücken, weshalb diese einen, in § 168 wohl als selbstverständlich weggelassenen Abs. 4 zu § 245 schuf. Prot. z. nordd. E. S. 360.

§ 169.

Wird der gesetzliche Vertreter oder der Vorsteher einer Behörde, einer Gemeinde, einer Korporation oder eines Personenvereins, welchem zugestellt werden soll, in dem Geschäftslokale während der gewöhnlichen Geschäftsstunden nicht angetroffen, oder ist er an der Annahme verhindert, so kann die Zustellung an einen anderen in dem Geschäftslokale anwesenden Beamten oder Bediensteten bewirkt werden.

Wird der gesetzliche Vertreter oder der Vorsteher in seiner Wohnung nicht angetroffen, so finden die Bestimmungen der §§ 166, 167 nur Anwendung, wenn ein besonderes Geschäftslokal nicht vorhanden ist.

„einer Behörde" u. s. w. Der sonst gleiche § 246 des norddeutschen Entwurfs spricht nur von dem Vorsteher einer Behörde, während die übrigen in § 169 angeführten Korporationen u. s. w. in Absatz 2 des § 245 — § 168 unserer Civilprozeßordnung — aufgenommen sind, also die Bestimmungen über Geschäftsstunden, sowie Abs. 2 des § 169 auf sie nicht anwendbar gefunden wurden. Auffallend aber ist, daß nur ein Theil der in § 19 aufgeführten Gesellschaften u. s. w. genannt ist, obgleich sie nicht unter die Gewerbebetreibenden des § 168 fallen. Es kann also der § 169 z. B. auf den Vorstand oder Vertreter einer nicht gemeindlichen Stiftung,[1]) sofern diese nach Landesrecht nicht als Behörde betrachtet werden kann, nicht angewendet werden. Dagegen ist der § unzweifelhaft anwendbar auf den Chef einer Kommandobehörde (§ 156), da hier ausdrücklich eine Behörde genannt wird.[2])

„während der gewöhnlichen Geschäftsstunden nicht angetroffen oder ist er an der Annahme verhindert". Nur bei dieser Alternative ist die Ersatzzustellung nach § 169 zulässig. Der Begriff „verhindert" ist dehnbar, man wird darunter alle die Fälle

---

[1]) Vergl. S. 277.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu § 151 a. E. Ebenso in den Motiven zu § 184. Vergl. die Bemerkungen zu diesem.

begreifen müssen, wenn der Adressat gerade mit andern Personen oder mit einer Arbeit beschäftigt ist, auf welche eine Unterbrechung störend einwirken würde.

„in seiner Wohnung nicht angetroffen". Wenn die in Abs. 2 genannten Personen nicht angetroffen werden, so kann nicht nach den §§ 166, 167 verfahren werden, sofern eine dieser Personen ein Geschäftslokal hat und der Gerichtsvollzieher oder Postbote müssen eben versuchen, im Geschäftslokale zuzustellen. Das Gesetz schreibt eine Reihenfolge hier nicht vor, es kann sowohl in der Wohnung als im Geschäftslokale zugestellt werden.

Wie aber zu verfahren ist, wenn weder im Geschäftslokale, noch in dem Hause, in welchem der gesetzliche Vertreter oder Vorsteher wohnt, Jemand angetroffen wird, sagt der § nicht. Außerhalb des Geschäftslokales oder der Wohnung die Zustellung anzunehmen, sind die benannten Personen nicht verpflichtet, es wird dem Gerichtsvollzieher nichts übrig bleiben, als die Zustellung so oft zu versuchen, bis sie ein Resultat hat.[3])

§ 170.

Wird die Annahme der Zustellung ohne gesetzlichen Grund verweigert, so ist das zu übergebende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückzulassen.

„ohne gesetzlichen Grund". Als gesetzlicher Grund erscheint, wenn der Adressat, dem außerhalb seiner Wohnung oder seines Geschäftslokals zugestellt werden soll (§ 165), die Annahme verweigert, oder ein Familienmitglied, weil es nicht Hausgenosse ist, ein Hauswirth, weil er keine Lust hat, die Zustellung anzunehmen (§ 166) oder wenn an einem unpassenden Orte (§ 165), im Falle des § 169 außerhalb der gewöhnlichen Geschäftsstunden, oder an Sonn- und allgemeinen Feiertagen ohne richterliche Erlaubniß (§ 171) zugestellt werden will. Ob der Grund der Verweigerung ein gesetzlicher war, entscheidet bei Beanstandung das Gericht. Der Gerichtsvollzieher oder Postbote muß den Grund der Ersatz-

[3]) Hier besteht offenbar eine Lücke im Gesetz, die hätte vermieden werden sollen. Aber über den Wortlaut des Gesetzes kann man sich nicht hinwegsetzen.

zustellung, sowie, daß die Annahme verweigert wurde, in der Zustellungsurkunde angeben (§ 174 Nr. 4, 5). Der § 170 gilt für die Partei wie für deren Insinuationsmandatar.

§ 171.

An Sonntagen und allgemeinen Feiertagen darf eine Zustellung, sofern sie nicht durch Aufgabe zur Post bewirkt wird, nur mit richterlicher Erlaubniß erfolgen.

Die Erlaubniß wird von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts ertheilt; sie kann auch von dem Amtsrichter, in dessen Bezirke die Zustellung erfolgen soll, und in Angelegenheiten, welche durch einen beauftragten oder ersuchten Richter zu erledigen sind, von diesem ertheilt werden.

Die Verfügung, durch welche die Erlaubniß ertheilt wird, ist bei der Zustellung abschriftlich mitzutheilen.

Eine Zustellung, bei welcher die Bestimmungen dieses Paragraphen nicht beobachtet sind, ist gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist.

„allgemeinen Feiertagen".[1]) Das sind diejenigen, welche es nach dem Rechte des Orts der Zustellung sind.[2]) Zu den allgemeinen Feiertagen[3]) werden nicht nur die christlichen (nicht

---

[1]) Bei Berathung des G.V.G. in der Justizkommission wurde der Antrag Gaupp's: „Die für die Gerichte geltenden Feiertage werden durch kaiserliche Verordnung bestimmt" abgelehnt. Gaupp machte hiebei darauf aufmerksam, daß, wer am letzten Tage der Verjährungsfrist diese durch Zustellung der Klage unterbrechen wolle, sein Recht verliere, wenn am Orte der Zustellung, ohne daß es der Zustellende wisse, ein allgemeiner Feiertag sei. Man wies auf die Bestimmungen der Wechselordnung hin (§ 92 d. W.O.). Prot. d. J.K. z. G.V.G. S. 67—68.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 158—164. Es ist darauf aufmerksam zu machen, daß in den meisten katholischen Orten der Tag des Schutzpatrons ein allgemeiner Feiertag ist.

[3]) In Sachsen gehören zu den kirchlichen Feiertagen die Bußtage und auch der Gründonnerstag ist dies feriatus. Dieser letzteren Bestimmung, die als lex specialis selbst der deutschen Wechselordnung gegenüber aufrecht erhalten blieb — Osterloh, der ordentl. bürg. Proz. Bd. I S. 131 und Anm. 10 daselbst — ist durch § 171 derogirt. In Württemberg gelten als allgemeine

die jüdischen),[4]) sondern auch die politischen zu rechnen sein, da das Gesetz zwischen kirchlichen und politischen nicht unterscheidet. Vorausgesetzt wird aber hiebei, daß herkömmlich an solchen politischen Feiertagen, z. B. Geburts- und Namensfest des Landesherrn, die gerichtliche Thätigkeit überhaupt ruht.[5]) Wenn die Zustellungen im Allgemeinen auf Werktage beschränkt sind, so sind sie dagegen nicht auf bestimmte Tagesstunden beschränkt. Die Motive bemerken hiezu: Zustellungen zur Nachtzeit unter gesetzlicher Normirung der Tageszeit generell auszuschließen, erschien nicht angezeigt; die meisten Staaten haben materielle Gesetze zum Schutze der persönlichen Freiheit. Wo solche nicht bestehen, werden die nöthigen Anordnungen richtiger dem Reglement für die Gerichtsvollzieher überlassen bleiben.[6])

„mit richterlicher Erlaubniß". Von der Bestimmung des § 157 des preuß. Entwurfs „in dringenden Fällen" hat man schon bei Berathung des gleichen § 248 des norddeutschen Entwurfs — weil diese instruktionelle Vorschrift selbstverständlich sei — Abstand genommen.[7]) Die betreffende Verfügung ist nach

---

bürgerliche Feiertage nur das Neujahrsfest, das Fest der Erscheinung Christi, der Charfreitag, der Oster- und der Pfingstmontag, Christi Himmelfahrt, der Frohnleichnamstag, Peter- und Paulstag, Mariä Himmelfahrt, das Christfest und der erste Feiertag nach demselben. Württemb. Verordn. v. 28. Juni 1849, bestätigt durch Art. 8 des Gesetzes vom 30. Mai 1858 über die Ferien. Alle andern kirchlichen Feiertage gelten nicht als solche. Berner-Schäfer, das Verf. in bürg. Streitsachen S. 276. Es können also z. B. die katholischen Feiertage Josephstag (19. März) und Johannistag (24. Juni) in Württemberg nicht zu den allgemeinen Feiertagen gerechnet werden, ebenso wenig die kirchlich noch anerkannten protestantischen Aposteltage.

[4]) Das in Sachsen bestehende Verbot der Abhaltung von Terminen an jüdischen Feiertagen, wenn Juden bei dem Prozesse betheiligt sind — Osterloh a. a. O. S. 137 Anm. 5 — erscheint aufgehoben.

[5]) Das ist aber in Bayern, Württemberg und Sachsen nicht der Fall Osterloh a. a. O. S. 131 Anm. 10 und S. 206.

[6]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 158—164. Darnach könnte also im Verordnungswege die Nachtzeit für Zustellungen ausgeschlossen werden. Es wird sich aber kaum bestreiten lassen, daß trotz einer solchen Verordnung eine Zustellung zur Nachtzeit rechtswirksam ist, selbst wenn die Annahme verweigert wird.

[7]) Prot. z. nordd. E. S. 361.

dem freien Ermessen des Vorsitzenden des Prozeßgerichts, des Amtsrichters oder beauftragten oder ersuchten Richters, aber nur in Ausnahmefällen zu ertheilen.

„Die Verfügung — abschriftlich mitzutheilen". Hieraus folgt, daß eine nur mündliche Ermächtigung nicht genügt.[8]) Der § 171 bezieht sich nur auf Gerichtsvollzieher, nicht auf Postboten; in § 178 ist nur auf die §§ 165—170, nicht auch auf § 171 Bezug genommen.[9])

§ 172.

Ist bei einer Zustellung an den Vertreter mehrerer Betheiligter oder an einen von mehreren Vertretern die Uebergabe der Ausfertigung oder Abschrift eines Schriftstücks erforderlich, so genügt die Uebergabe nur einer Ausfertigung oder Abschrift.

Einem Zustellungsbevollmächtigten mehrerer Betheiligter sind so viele Ausfertigungen oder Abschriften zu übergeben, als Betheiligte vorhanden sind.

„an den Vertreter". Das ist nicht nur der gesetzliche Vertreter einer Partei,[1]) sondern auch deren Rechtsanwalt oder Prozeßbevollmächtigte, sowie der Geschäftsführer ohne Auftrag (§ 85), der Prozeßbevollmächtigte mehrerer Streitgenossen, selbst wenn diese verschiedene Interessen haben.

„an einen von mehreren Vertretern". Oft werden für dieselbe Person verschiedene Vertreter bestellt, denen ein verschiedener Wirkungskreis zusteht, wie dem Lehnsvormund neben dem gewöhnlichen Vormund. In solchen Fällen ist die Uebergabe der Ausfertigung oder der Abschluß eines Schriftstücks nur an den betreffenden Vertreter nothwendig.[2])

---

[8]) Die Vorlage zum hann. Entw. enthielt die Bestimmung „die Erlaubniß ist auf das Original der zu behändigenden Schrift zu setzen" und wurde so auch angenommen, später aber diese Bestimmung ohne Angabe eines Grundes beseitigt. Prot. z. hann. E. S. 274 vergl. mit S. 5101.

[9]) A. M. Seuffert, C.P.O. zu § 171 Nr. 3. Vergl. auch die Bemerkungen zu § 178 a. E.

[1]) Vergl. die Bemerkungen zu § 210 unter „eines Vertreters".

[2]) Prot. z. hann. E. S. 8069. Vergl. übrigens die Bemerk. zu § 157.

Der Abs. 2 des § ist gegen den Entwurf neu. Es gehören hieher die Fälle, daß mehrere Streitgenossen einen gemeinschaftlichen Zustellungsbevollmächtigten bestellt haben, dagegen kann die Bestimmung des Absatz 2 nicht Platz greifen, wenn mehrere Vertreter derselben Partei einen Zustellungsbevollmächtigten bestellt haben. Der § 172 bezieht sich selbstverständlich nur auf Zustellungen durch den Gerichtsvollzieher, denn der Postbote kann sich nur an die Adresse halten.

§ 173.

Ueber die Zustellung ist eine Urkunde aufzunehmen.

Dieselbe ist auf die Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einen mit derselben zu verbindenden Bogen zu setzen.

Eine durch den Gerichtsvollzieher beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde ist auf das bei der Zustellung zu übergebende Schriftstück oder auf einen mit demselben zu verbindenden Bogen zu setzen.

Die Zustellungsurkunde ist der Partei, für welche die Zustellung erfolgt, wenn die Zustellung von Amtswegen angeordnet ist, dem Gerichtsschreiber zu übermitteln.

Das Original der Zustellungsurkunde erhält der Auftraggeber zurück und zwar zur Vermeidung von Umwegen und Verzögerungen stets direkt vom Gerichtsvollzieher, sollte auch der Auftrag durch Vermittelung des Gerichtsschreibers ergangen sein. Es ist daher Sache der Partei, die Zustellungsurkunde aufzubewahren, um auf Verlangen des Gerichts den Nachweis der Zustellung liefern zu können. Daß die Zustellungsurkunde eine öffentliche ist und als solche beweist (§ 380 ff.), bedarf keines Ausspruchs.[1])

„auf die Urschrift", d. h. insofern auf dieser Platz ist, außerdem ist ein besonderer Bogen damit zu verbinden und auf diesem die Zustellungsurkunde aufzunehmen.

„beglaubigte Abschrift". Die Motive bemerken hiezu: Verschiedene Gesetzesarbeiten haben die besondere Vorschrift, daß,

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 166—168.

wenn die Urschrift und die Abschrift der Zustellungsurkunde abweichen, zu Gunsten des Requisiten der Inhalt der Abschrift maßgebend sein soll. Wird die zuzustellende Abschrift beglaubigt (§ 173 Abs. 3), so wird der Fall kein sehr praktischer genannt werden können; im Uebrigen ist er selbstverständlich in gleichem Sinne zu entscheiden, denn für den Requisiten bildet die ihm zugestellte Abschrift eben das Original.[2]) Bei Berathung des hannover'schen Entwurfs wurde bemerkt: „Gegen den Inhalt der beglaubigten Abschrift der Zustellungsurkunde giebt es keinen Gegenbeweis,“[3]) das ist aber nur richtig mit der Ausnahme in § 380 Abs. 2.

Abs. 2 des § 173 scheidet aus, wenn Ausfertigungen im Original dem Requisiten zuzustellen sind. Hier ist eine besondere Zustellungsurkunde auszufertigen.[4])

„dem Gerichtsschreiber zu übermitteln“. Der Gerichtsschreiber hat aber nicht, wie die Partei, die Zustellungsurkunde aufzubewahren, sondern den Gerichtsakten einzuverleiben.

§ 174.

Die Zustellungsurkunde muß enthalten:

1. **Ort und Zeit der Zustellung;**
2. **die Bezeichnung der Person, für welche zugestellt werden soll; wenn die Zustellung von Amtswegen angeordnet ist, das Gericht, von welchem die Anordnung ausgeht;**
3. **die Bezeichnung der Person, an welche zugestellt werden soll;**
4. **die Bezeichnung der Person, welcher zugestellt ist; in den Fällen der §§ 166, 168, 169 die Angabe des**

---

[2]) Bes. Begr. d. E. a. a. O. Ganz derselben Ansicht war auch die hannover'sche Kommission. Prot. z. hann. E. S. 277. Es wurde sogar nach Maßgabe des preuß. Entwurfs § 171 ein desfallsiger § (166) zur Vermeidung von Zweifeln in den Entwurf aufgenommen; anerkannt wurde, daß sich der Inhalt desselben aus allgemeinen prozessualen Grundsätzen von selbst ergebe. Prot. z. hann. Entw. S. 5102, 5105—5106.

[3]) Prot. z. hann. E. S. 5106.

[4]) Vergl. zu § 156.

Grundes, durch welchen die Zustellung an die bezeichnete Person gerechtfertigt wird; wenn nach § 167 verfahren ist, die Bemerkung, wie die darin enthaltenen Vorschriften befolgt sind;

5. im Falle der Verweigerung der Annahme die Erwähnung, daß die Annahme verweigert und das zu übergebende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückgelassen ist;

6. die Bemerkung, daß eine Ausfertigung oder eine Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks und daß eine Abschrift der Zustellungsurkunde übergeben ist;

7. die Unterschrift des die Zustellung vollziehenden Beamten.

Die Zustellungsurkunde muß (nicht soll) die in den Ziffern 1—7 aufgeführten Bestimmungen enthalten, sie sind also wesentliche.

Nun bemerken die Motive, daß mangelhafte Zustellungs-Urkunden rücksichtlich ihrer Beweiskraft vom Richter frei zu würdigen sind (§§ 259, 384).[1] Diese Bemerkung gilt aber, wie die Hinweisung auf § 384 zeigt, den äußeren formellen Fehlern, der Beweiskraft der Zustellungsurkunde, nicht der Gültigkeit der Zustellung. Man wird auch nicht immer die Gültigkeit des Zustellungsaktes beanstanden können, wenn gegen die eine oder andere Bestimmung des § 174 gefehlt wurde. So kann der Zustellungsakt nicht wohl nichtig sein, wenn nicht die Bezeichnung der Personen (Nr. 2, 3, 4), sondern nur der Name angeführt ist, über ihre Identität aber kein Zweifel besteht. Ein Präjudiz der Nichtigkeit bei dem Fehlen eines der im § 174 vorgeschriebenen Requisite besteht nicht. Es ist übrigens daran zu erinnern, daß Zustellungen durch einen Gerichtsvollzieher, welcher kraft des Gesetzes im gegebenen Falle von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist (G.V.G. § 156), nichtig sind.

Das Gericht ist nicht befugt, von Amtswegen ungenügende Zustellungsurkunden ergänzen oder verbessern zu lassen. Der § 169 des hann. Entwurfs, der eine solche Bestimmung enthielt, wurde schon bei Berathung des norddeutschen Entwurfs absichtlich

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 166—168.

nicht aufgenommen. Dagegen steht dem Gerichtsschreiber selbstverständlich für die von Amtswegen vorgenommenen Zustellungen diese Befugniß zu.[2])

Zu 1. Unter Ort ist nicht blos der Wohnort (Ortschaft)[3]) zu verstehen, sondern es ist auf die Bestimmungen der §§ 165—169 Rücksicht zu nehmen, also anzugeben, ob in der Wohnung, im Geschäftslokale oder außerhalb dieser zugestellt wurde.

Unter Zeit wird Tag, Monat und Jahr verstanden, aber nicht auch die Angabe der Stunde, wenn es nicht auf solche ankommt (z. B. § 234 Abs. 1). Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs war man der Ansicht, daß die Jahreszahl und das Datum nur mit Zahlen, nicht mit Worten zu bezeichnen seien.[4]) Die Angabe der Stunde ist aber um so weniger erforderlich, als, wenn die Frist nach Tagen läuft, der Tag der Zustellung bei Ablauf einer Frist nicht mitgezählt wird (§ 199).

Zu 2—4. Die Bezeichnung der Person ist nicht gleich mit der Benennung der Person. Es wird die Angabe der Merkmale verlangt, die über die Identität keinen Zweifel bestehen lassen,[5]) wie z. B. bei gleichnamigen Personen die Angabe des sie unterscheidenden Standes und dergleichen. Eine Bezeichnung, wie sie § 121 Nr. 1 vorschreibt, verlangt aber hier das Gesetz nicht. Es wird nicht verlangt, daß, wenn ein Rechtsanwalt zustellen läßt, in der Zustellungsurkunde angeführt wird, daß er dies als Bevollmächtigter des X. thue und ebenso wenig, wenn an einen Prozeßbevollmächtigten zugestellt wird, die Angabe, welche Partei er vertritt. Aus der Zustellungsurkunde muß nicht nothwendig ersehen werden, ob der Requisit Partei oder Prozeßbevollmächtigter ist, das ergiebt in der Regel das zugestellte Schriftstück. Der Gerichtsvollzieher hat lediglich anzugeben, wer ihm den Auftrag ertheilt hat und wie er ihn vollzogen.

Zu 6. Hierin liegt angegeben, was den Gegenstand der Zustellung bildet. Es wird nicht verlangt, daß angegeben wird,

---

[2]) Prot. z. nordd. E. S. 454.

[3]) Vergl. S. 589 a. A.

[4]) Prot. z. nordd. E. S. 361.

[5]) Prot. z. hann. E. 5103—5104.

von wem das Schriftstück angefertigt wurde, ja nicht einmal die Bezeichnung des Gerichts und Streitgegenstandes, welch letzterer ohnehin aus den Schriftstücken in der Regel wird entnommen werden können.

Zu 7. Die Angabe im Texte der Urkunde, daß die Abschrift des mitgetheilten Schriftstücks und der Zustellungsurkunde beglaubigt wurde, wird hienach nicht verlangt.

Die Motive zu § 174 bemerken weiter: Unter die Requisite der Zustellungsurkunde ist die Unterschrift des Empfängers nicht aufgenommen, denn der Akt des Gerichtsvollziehers ist eine Handlung publici juris, seine Registratur hat öffentlichen Glauben und bedarf keiner Bekräftigung durch den Empfänger (vergl. § 173 Absatz 2).[6])

§ 175.

Ist die Zustellung durch Aufgabe zur Post (§ 161) erfolgt, so muß die Zustellungsurkunde den Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen unter Nr. 2, 3, 7 entsprechen und außerdem ergeben, zu welcher Zeit, unter welcher Adresse und bei welcher Postanstalt die Aufgabe geschehen ist.

„durch Aufgabe zur Post". Die Inklavirung des § 161 giebt deutlich zu erkennen, daß hier nur der Fall des Mangels eines nothwendigen Insinuationsmandatars in's Auge gefaßt ist, der § bezieht sich also nicht auf §§ 176 ff.

Daß hier die Zustellungsurkunde die Bestimmungen der Nr. 1, 4, 5, 6 des § 174 nicht enthalten kann, ist selbstverständlich, aber der Zustellungsurkunde ist, wenn die Sendung auf Verlangen des Adressaten „eingeschrieben" wurde (§ 161 Abs. 2), die Postbescheinigung beizulegen.

Für die Zustellung durch Aufgabe zur Post besteht der § 179 nicht. Wenn also durch Vermittelung des Gerichtsschreibers zuzustellen ist, hat dieser hier immer einen Gerichtsvollzieher zu beauftragen.[1])

---

[6]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[1]) Vergl. zu § 161.

§ 176.

Zustellungen können auch durch die Post erfolgen.

Die Motive bemerken hiezu: Hiedurch werden die Partei, oder der mit der Vermittelung der Zustellung beauftragte Gerichtsschreiber der Mühe überhoben, einen für den Ort der Zustellung zuständigen Gerichtsvollzieher aufzusuchen, die Partei kann durch jeden Gerichtsvollzieher die Post um Ausführung der Zustellung an jedem Orte des deutschen Reichs angehen und der Gerichtsschreiber vermag unmittelbar die Post zu ersuchen, die Zustellung einem Postboten des Bestimmungsorts aufzutragen. Verschieden von der Zustellung durch die Post ist die Zustellung mittelst Aufgabe zur Post (§§ 161, 164, 171, 175). Die letztere Form enthält ein strenges Präjudiz für den Fall des Ungehorsams. Die Post soll als gesetzlicher Zustellungsbevollmächtigter der nachlässigen Partei gelten, so daß die Zustellung mit der Aufgabe des Schriftstücks zur Post bewirkt ist und demgemäß nicht darauf ankommt, ob und wann das Schriftstück an den Adressaten gelangt. Uebrigens wird es nur in Folge der Einführung der Postzustellung möglich, das Institut der Zustellungsbevollmächtigten in angemessener Weise zu regeln.[1])

„können auch". Richtiger stünde dafür mit Rücksicht auf § 180 „haben in der Regel durch die Post zu erfolgen".

„durch die Post erfolgen". Auf die Anfrage Bernards in der Justizkommission erklärte der Direktor im Reichskanzleramte, v. Amsberg, daß nach § 176 auch die Stadtpost zu Zustellungen benützt werden solle.[2]) Das ist insofern wichtig, als auch in loco die Zustellung durch die Post weit weniger Kosten verursachen wird, als die durch Gerichtsvollzieher und hier die Bestimmung des § 180 eingreift.

Die Civilprozeßordnung läßt unentschieden, ob es in der Hand des Gerichtsschreibers und des Gerichtsvollziehers liegt, daß durch die Post oder einen Gerichtsvollzieher zugestellt werden

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 146—183.

[2]) Prot. d. J.K. S. 62. Es wurde auch darauf hingewiesen, daß das Berliner Stadtgericht alle Zustellungen durch die Post bewirke.

soll, aber die Motive zu § 180 bemerken: Die Partei hat die Wahl, ob sie die Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher oder durch die Post ausführen lassen will, sie hat aber nach § 180 die Mehrkosten zu tragen, wenn sie die Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher wählt, während sie sich des minder kostspieligen modus insinuationis durch die Post bedienen konnte.

Ebenso sagen die Motive: Nach § 176 kann die Partei[3]) die Post nicht unmittelbar um die Vornahme von Zustellungen ersuchen, sie hat sich vielmehr an einen Gerichtsvollzieher zu wenden, damit derselbe die Zustellung durch die Post vermittle.[4]) Es kommt also auf die Partei an, wie zugestellt werden soll. Dagegen liegt die Art der Zustellung allerdings in der Hand des Gerichtsschreibers oder Gerichtsvollziehers, wenn die Partei, für welche zugestellt werden soll, unterläßt, desfallsige Weisungen zu ertheilen, aber die Zustellung durch die Post bildet die Regel und wenn der Gerichtsvollzieher und der Gerichtsschreiber hiegegen handeln, werden sie der beauftragenden Partei für allenfallsige Mehrausgaben verantwortlich werden.[5]) Die Postanstalten selbst haften für die Zustellung nicht weiter als für jede andere Sendung.[6]) Wenn aber die Sendung verloren geht, ist selbstverständlich eine Zustellung nicht erfolgt, diese bewirkt erst die Uebergabe durch den Postboten (§ 178).

Die Partei, welcher zugestellt werden soll, kann nicht verlangen, daß die Postsendung mit der Bezeichnung „Einschreiben" zu versehen sei. Dieses Verlangen ist nur zulässig bei der Strafzustellung durch Aufgabe zur Post (§ 161).

---

[3]) Auch nicht ihr bevollmächtigter Rechtsanwalt, weil Uebereinstimmung der Abschrift mit dem Original des zuzustellenden Schriftstücks durch Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber beglaubigt werden muß.

[4]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 170—173.

[5]) § 179 Anm. 3.

[6]) Vergl. Reichspostges. v. 28. Oktober 1871 §§ 6—15 und Postordnung v. 18. Dezember 1874. Direktor v. Amsberg bemerkte, im Allgemeinen hätte die Postordnung Anwendung zu leiden. Prot. d. J.K. S. 62. Diese bestimmt in § 35, II, daß es bei Bestellung von gerichtlichen Schreiben bei den hierüber bestehenden besonderen Vorschriften bewende, also bei den Vorschriften des § 178.

§ 177.

Wird durch die Post zugestellt, so hat der Gerichtsvollzieher einen durch sein Dienstsiegel verschlossenen, mit der Adresse der Person, an welche zugestellt werden soll, versehenen und mit einer Geschäftsnummer bezeichneten Briefumschlag, in welchem die zuzustellende Ausfertigung oder die beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks enthalten ist, der Post mit dem Ersuchen zu übergeben, die Zustellung einem Postboten des Bestimmungsorts aufzutragen. Daß die Uebergabe in der bezeichneten Art geschehen, ist von dem Gerichtsvollzieher auf der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einem mit derselben zu verbindenden Bogen zu bezeugen.

„so hat der Gerichtsvollzieher". Die Motive setzen hinzu: Um eine Zustellung durch die Post zu bewirken, kann die Partei jeden im deutschen Reiche angestellten Gerichtsvollzieher angehen, denn nach § 177 ist jeder deutsche Gerichtsvollzieher befugt, die Herbeiführung einer Zustellung durch die Post zu vermitteln. Dadurch gewinnt die Handhabung dieses modus insinuationis gegenüber der Zustellung durch Gerichtsvollzieher an Brauchbarkeit. Denn soll durch einen Gerichtsvollzieher zugestellt werden, so hat die Partei den Gerichtsvollzieher zu beauftragen, welcher für den Ort der Zustellung zuständig ist, während sie bei der Postzustellung in der Wahl des Gerichtsvollziehers unbeschränkt ist.[1]) Es ist daher die Partei, die durch die Post zustellen lassen will, zur Vermittelung nicht auf den Gerichtsvollzieher an jenem Wohnorte beschränkt.

„Daß die Uebergabe geschehen ist". Wenn die Motive hier von der Zustellung durch die Post sprechen, so wird es um so weniger einem Anstande unterliegen, die gleichen Grundsätze auf die Aufgabe zur Post (§ 161) anzuwenden. Auch hier wird die Partei oder deren Bevollmächtigter jeden Gerichtsvollzieher mit der Aufgabe auf die Post beauftragen können, da es ganz ohne Einfluß ist, welcher Postanstalt das zuzustellende Schriftstück übergeben wurde, auch wenn die Postanstalt innerhalb des Amts-

---

[1]) Bes. Begr. d. zu §§ 170—173.

gerichtssprengels sich nicht befindet, in dem der Ort des Prozeßgerichts liegt.[2])

„mit dem Ersuchen zur Uebergabe“. Es bedarf keiner besondern Requisition des Gerichtsvollziehers an die Postbehörde, sondern das Ersuchen liegt schon darin, daß der Gerichtsvollzieher der Post zugleich mit dem Briefumschlag eine Zustellungsurkunde übergiebt, auf welcher sich die Notiz befindet „zu behändigen gegen Behändigungsschein“.[3])

Die Wirksamkeit der Zustellung setzt voraus, daß ein Schriftstück bestimmten Inhalts zugestellt sei, der Beweis, daß eine Zustellung erfolgt, kann daher nur geliefert werden, wenn sich durch das Zeugniß eines mit publica fides ausgestatteten Organs die Uebereinstimmung der zugestellten Abschrift mit dem Original konstatiren läßt. Nur auf Grund einer solchen Konstatirung ist z. B. der Kläger berechtigt, gegen den nicht erschienenen Beklagten die Erlassung eines Versäumungsurtheils zu verlangen.[4]) Die Uebergabe entscheidet aber nicht für die Zeit der Zustellung und das Zeugniß gilt nicht als Zustellungsnachweis, wie im Falle des § 161, sondern die nach § 178 von dem Postboten aufgenommene Urkunde. Deshalb ist es auch nicht nothwendig, daß hier die Zeit der Uebergabe an die Post auf der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder des damit verbundenen Bogens angeführt wird.[5]) Daß der Gerichtsvollzieher anzugeben hat, für welche Person er der Post zugestellt hat, ist selbstverständlich. Nr. 2 des § 174 ist in § 178 nicht aufgenommen und konnte natürlich nicht aufgenommen werden.

Das Zeugniß ist dem Requirenten auszuhändigen; für den Zustellungsakt selbst ist es unerheblich.

---

[2]) Wenn die Post hier Insinuationsmandatar ist, so kann doch keine analoge Anwendung der Bestimmung des § 160 Abs. 1 stattfinden.

[3]) So erklärte auf Anfrage des Dr. Bähr der Direktor im Reichskanzleramt v. Amsberg. Prot. d. J.K. S. 62 d. E.

[4]) Bes. Begr. d. E. a. a. O. Abs. 2.

[5]) Anders bei der Zustellung durch Aufgabe zur Post (§ 175).

§ 178.

Die Zustellung durch den Postboten erfolgt in Gemäßheit der Bestimmungen der §§ 165—170.

Ueber die Zustellung ist von dem Postboten eine Urkunde aufzunehmen, welche den Bestimmungen des § 174 Nr. 1, 3—5, 7 entsprechen und außerdem die Uebergabe des seinem Verschlusse, seiner Adresse und seiner Geschäftsnummer nach bezeichneten Briefumschlags, sowie der Abschrift der Zustellungsurkunde bezeugen muß.

Die Urkunde ist von dem Postboten der Postanstalt und von dieser dem Gerichtsvollzieher zu überliefern, welcher mit derselben in Gemäßheit der Bestimmung des § 173 Abs. 4 zu verfahren hat.

„Die Zustellung durch den Postboten". Die Motive bemerken: „Wird durch die Post zugestellt, so tritt an die Stelle des Gerichtsvollziehers der Postbote, soweit es sich um den Akt der Zustellung handelt, der Postbote ist insoweit Gerichtsvollzieher." Er muß also, wie dieser, Abschrift der Zustellungsurkunde dem Adressaten oder bei Ersatzzustellung der betreffenden Persönlichkeit übergeben. Daß der Postbote auch an Sonn- und Feiertagen zuzustellen hat, ist bereits bemerkt worden.[1]) Auch die Bezugnahme auf § 171 Abs. 1 könnte die entgegengesetzte Ansicht nicht rechtfertigen, denn dort ist nur von der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher die Rede.

„bezeugen muß". Ohne dies Zeugniß ist die Zustellung nicht rechtswirksam, das Gesetz sagt „muß". Dies geschieht durch den Postboten ganz auf dieselbe Art, wie durch den Gerichtsvollzieher.

§ 179.

Insoweit eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, kann derselbe unmittelbar die Post um Bewirkung der Zustellung ersuchen. In diesem Falle finden die Vorschriften der §§ 177, 178 auf den Gerichtsschreiber entsprechende

---

[1]) Bemerk. zu § 171 a. E.

Anwendung; die erforderliche Beglaubigung erfolgt durch den Gerichtsschreiber.

Dem § 154 ist für die Zustellungen durch die Post der § 179 nachgebildet.[1]) Es wurde in der Justizkommission geltend gemacht, daß zwischen § 174 und § 154 ein Widerspruch bestehe, indem in letzterem von der Post gar nicht die Rede sei, worauf der Vertreter des Bundesraths, v. Amsberg, erwiderte, der § 154 spreche ein Prinzip aus, § 179 enthalte eine Ausnahme von diesem Prinzipe,[2]) aber diese Ausnahme soll nach § 180 die Regel bilden, und nur, wenn es der Gerichtsschreiber im Interesse der Partei hält, kann er sich der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher bedienen.[3])

„kann derselbe unmittelbar". Bei der Debatte über § 179 wurde die Frage angeregt, ob der Gerichtsschreiber persönlich das zu übergebende Poststück zur Post bringen müsse, worauf der Direktor im Reichskanzleramte v. Amsberg erklärte: Bei jedem Gerichte werde für den früheren Gerichtsbotendienst ein besonderer Gerichtsvollzieher angestellt werden. Dieser Leute könne sich der Gerichtsschreiber bedienen. Man habe den Letzteren nicht verhindern wollen, die Sache selbst zu besorgen, habe es aber für nothwendig gehalten, daß er, wenn er es nicht selbst thue, sich einer Person bediene, welche die fides eines Gerichtsvollziehers habe.

Nach Schluß der Diskussion stellte der Vorsitzende, ohne daß ein Widerspruch folgte, fest, daß nach der Meinung der Commission bei Annahme des Paragraphen die Bescheinigung des Gerichtsschreibers nicht dahin zu lauten brauchen würde, daß er selbst zur Post gegangen sei, sondern auch dahin lauten könne, daß er einen Gerichtsvollzieher mit der Aufgabe bei der Post beauftragt habe.[4]) In diesem Falle hat aber der Gerichtsvollzieher,

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 148, 172.

[2]) Prot. z. J.-K. S. 63—64.

[3]) Außerdem ist er für den Mehrbetrag der Kosten dem Auftraggeber haftbar. In der Außerachtlassung der gesetzlichen Bestimmungen liegt offenbar ein grobes Verschulden (§ 97).

[4]) Prot. d. J.-K. S. 531. Vergl. auch S. 665 ff. Prot. v. 20. Oktober 1876 S. 1, 5.

welcher das Schriftstück zur Post brachte, auch die Bescheinigung über die Uebergabe auszustellen, wenn man eine solche für absolut nothwendig erachten wollte,[5]) was kaum anzunehmen ist. Allerdings stimmt das nicht mit der Vorschrift des §, daß der Gerichtsschreiber unmittelbar die Post ersuchen soll. Der Gerichtsschreiber hat übrigens bei der Zustellung durch die Post die Weisung der Partei zu berücksichtigen.[6])

„entsprechende Anwendung". Damit soll gesagt werden, daß der Gerichtsschreiber ebenso zu verfahren hat, wie für den Gerichtsvollzieher in den §§ 177, 178 vorgeschrieben ist. Wo für die Gerichtsschreiberei ein eigenes Dienstsiegel nicht eingeführt ist, hat er sich des Siegels des Gerichts zu bedienen. Ob für derartige Zustellungen ein eigenes Geschäftsregister zu halten und in solches die Geschäftsnummer einzutragen ist, muß in den Dienstesvorschriften festgesetzt werden.

§ 180.

Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, obgleich sie durch die Post hätte erfolgen können, so hat die zur Erstattung der Prozeßkosten verurtheilte Partei die Mehrkosten nicht zu tragen.

Die Ansicht der Motive über § 180 ist schon Seite 607 (§ 176) vorgetragen. Es ist nur noch zu bemerken, daß der § keine Rücksicht darauf nimmt, ob die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher im besonderen Interesse der beauftragenden Partei lag; konnte die Zustellung durch die Post erfolgen, so fallen die Mehrkosten immer dem Requirenten zur Last.

§ 181.

Sind die Parteien durch Anwälte vertreten, so kann die Zustellung von Anwalt zu Anwalt erfolgen.

Zum Nachweise der Zustellung genügt das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekenntniß des Anwalts, welchem zugestellt worden ist.

---

5) Vergl. zu § 177 a. E.

6) Vergl. zu § 176 a. E.

Die unmittelbare Behändigung setzt Einverständniß der beiden Anwälte voraus. Wird die Ausstellung eines schriftlichen Empfangsbekenntnisses verweigert, so ist der betreibende Theil auf den Weg des Gerichtsvollziehers gedrängt.[1])

„Sind die Parteien“ d. h. beide Parteien. Ist die eine durch einen Anwalt vertreten, während die andere sich selbst vertritt, findet der § keine Anwendung.

„durch Anwälte vertreten“. Der Entwurf hatte nur die Bestimmung „in Anwaltsprozessen“ enthalten. Durch die von der Justizkommission angenommene Aenderung wird die Zustellung von Anwalt zu Anwalt auch im Parteiprozesse gestattet, selbst wenn die Anwälte an verschiedenen Orten wohnen,[2]) was allerdings nach Lokalisirung der Anwälte nicht wird vorkommen können.

„Empfangsbekenntniß des Anwalts“. Der § sagt, daß das schriftliche Empfangsbekenntniß des Anwalts zum Nachweise der Zustellung genügt, gerade hieraus folgt aber, daß nur die Empfangsbestätigung des Anwalts selbst genügend ist, nicht die eines Schreibers, oder in der Praxis bei ihm beschäftigten Rechtskonzipienten. § 168 Abs. 2 ist hier nicht analog anzuwenden.[3]) Der Nachweis der Zustellung durch andere Mittel als die Unterschrift des Gegenanwalts ist aber nicht ausgeschlossen. Das Gericht ist auch nicht verbunden, sich mit jeder ihm vielleicht völlig unbekannten Unterschrift eines Anwalts zu begnügen, sondern kann, zumal bei besonderen Zweifelsgründen, den Nachweis der Echtheit fordern.[4])

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 174. Im Parteiprozesse aber kann sich der betreibende Theil auch an den Gerichtsschreiber wenden.

[2]) Prot. d. J.K. S. 531—532. Bei Berathung des nordd. Entwurfs wurde darauf hingewiesen, daß der § leicht zu Chikanen mißbraucht werden kann, wenn z. B. ein Anwalt beim Ablaufe einer Frist die Annahme verweigern und eine andere Zustellung vor Ablauf der Frist nicht mehr möglich sei, darauf wurde aber erwidert, wer sich des § 181 bediene, müsse sich auch die Folgen gefallen lassen. Prot. z. nordd. E. S. 376—377.

[3]) Abgesehen natürlich von einer besonderen Vollmacht durch den Anwalt. In Bayern bestätigt in der Regel der Gegenanwalt auf der Urschrift des Schriftstückes gleichlautende Abschrift empfangen zu haben.

[4]) Prot. z. nordd. E. S. 376.

Der § 172 besteht auch für § 181. Ein Anwalt braucht, wenn der Gegner mehrere Anwälte bevollmächtigt hat, nur einem und zwar nur eine Ausfertigung oder eine Abschrift eines Schriftsatzes zuzustellen.

§ 182.

Eine im Auslande zu bewirkende Zustellung erfolgt mittels Ersuchens der zuständigen Behörde des fremden Staates oder des in diesem Staate residirenden Konsuls oder Gesandten des Reichs.

„Eine im Auslande zu bewirkende Zustellung", d. h. eine Zustellung an Personen, welche weder im deutschen Reiche sich aufhalten noch darin wohnen und an Exterritoriale.

„erfolgt mittels Ersuchens". Zur Erlassung eines Ersuchschreibens ist aber der Antrag einer Partei nothwendig. Die Motive bemerken zwar: „Wie aber dem Interesse der Partei förderlich ist, hier lediglich die Offizialthätigkeit des Gerichts sorgen zu lassen, so entspricht dies auch deutscher Rechtsanschauung und deutscher Rechtssitte, welche um eines Prinzips willen nicht verletzt werden sollten." Daß hier aber unter „Offizialthätigkeit des Gerichts" nur der Ausschluß des Gerichtsvollziehers und Gerichtsschreibers bei der Zustellung zu verstehen ist, geht aus dem zu § 152 mitgetheilten Auszug aus den Motiven[1]) sowie aus § 190, welcher ausdrücklich ein Gesuch der Partei voraussetzt, klar hervor. Nur da, wo ohnedies eine Zustellung von Amtswegen zu erfolgen hat, erfolgt auch das Ersuchschreiben ohne Antrag. Der Requirent muß daher, wo es sich um Zustellung eines Schriftsatzes im Auslande handelt, diesen dem Gerichte und zwar im Anwaltsprozesse mit einem vom Anwalte gestellten Antrag[2]) übergeben, worauf nach Beglaubigung der Abschrift durch den Gerichtsschreiber, sofern nicht die Beglaubigung durch einen Anwalt zu erfolgen hat (§§ 156), das von dem Gerichtsvor-

[1]) S. 564, b.

[2]) Im Parteiprozesse kann er bei dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden, wie aus §§ 458, 462 zu folgern ist.

sitzenden bezw. Amtsrichter zu erlassende Ersuchschreiben (§ 185) durch die Gerichtsschreiberei an die ersuchte Behörde zu befördern ist. In den seltenen Fällen, in denen die Rechtshülfe verweigert und der Anstand nicht behoben werden sollte, werden sich Partei und Gericht darüber schlüssig zu machen haben, ob öffentliche Zustellung einzutreten hat (§ 186). In welchen Fällen die Zustellung im Auslande unterbleiben kann, regeln die §§ 740, 743, 761.[3])

„oder des — Konsuls oder Gesandten des Reichs". Damit ist die Gesandtschaft eines Bundesstaates ausgeschlossen. Das Gericht hat allerdings die Wahl nach der im § ausgesprochenen Alternative, aber die erste wird wegfallen, wenn eine direkte Korrespondenz mit der Behörde des Auslandes wesentlich erschwert oder unmöglich ist. Es kommt darauf an, ob dem requirirenden Gerichte der unmittelbare Verkehr mit den ausländischen Behörden gestattet ist oder nicht. In Bayern findet direkter Verkehr nur mit den Staaten der k. k. österreichischen Monarchie und mit der Schweiz statt, nach allen übrigen Staaten des Auslandes finden Zustellungen nur auf diplomatischem Wege statt.[4])

In Sachsen wird der Geschäftsverkehr mit den österreichischen Gerichtsbehörden gleichen und verschiedenen Rangs durch wechselseitige Korrespondenz gepflogen, an russische, französische, belgische Gerichte müssen die Requisitionen stets auf diplomatischem Wege erlassen werden.[5])

Zwischen Württemberg und Oesterreich, dann zwischen Württemberg und den Schweizer-Kantonen besteht gleichfalls eine Uebereinkunft in Betreff der unmittelbaren Korrespondenz der beiderseitigen Justizbehörden.[6])

Requisitionen um Zustellungen in Frankreich, England und Nordamerika sind an den betreffenden Staatsprokurator zu richten.[7])

---

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 175—178.

[4]) Ausschreiben des k. Justizministeriums v. 20. März 1857 u. 22. August 1857 im Justizminist.-Bl. von 1870 S. 181 ff.

[5]) Osterloh, der ord. bürg. Proz. Bd. I S. 218 und Anm. 7, 10 daselbst.

[6]) Württ. Just.-M.-E. v. 28. Juni 1856 und 17. Okt. 1857.

[7]) Berner-Schäfer, d. Vorschr. in bürg. Streits. S. 258—259.

In allen Fällen, in denen nicht direkter Verkehr gestattet, sind Requisitionen auf diplomatischem Wege zu übermitteln. Der bequemste Weg wird immer der direkte Verkehr mit den Reichskonsulaten sein. Dieselben können auf Ersuchen der Behörden eines Bundesstaats an die in ihrem Amtsbezirke sich aufhaltenden Personen[8]) Zustellungen jeder Art bewirken, und hiezu ihre Zustellungsbeamten verwenden, wenn die Zustellung an Personen, die der Konsulargerichtsbarkeit unterworfen sind, zu erfolgen hat.[9]) Außerdem bleibt ihnen die Art der Zustellung überlassen. Die Civilprozeßordnung läßt überhaupt die Art und Weise, wie die Zustellung im Auslande erfolgt, ganz unberührt.

Die Bestimmung des § 187 des preuß. Entwurfs, daß durch die Bestimmungen über die Zustellung im Auslande die Gültigkeit einer während des temporären Aufenthalts einer Person in Deutschland dieser gemachten Zustellung nicht ausgeschlossen werde, wurde schon bei Berathung des norddeutschen Entwurfs als selbstverständlich weggelassen.[10])

§ 183.

Zustellungen an Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen, erfolgen, wenn dieselben zur Mission des Reichs gehören, mittels Ersuchens des Reichskanzlers; wenn dieselben zur Mission eines Bundesstaates gehören, mittels Ersuchens des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten dieses Bundesstaats.

Zustellungen an die Vorsteher der Reichskonsulate erfolgen mittels Ersuchens des Reichskanzlers.

Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen,[1]) können innerhalb und außerhalb des deutschen Reichs wohnen, immer ist § 183 anzuwenden. Bezüglich der Zustellungen an aus-

---

[8]) Nicht blos Deutsche. Gesetz, betr. die Org. der Reichskonsulate u. s. w. vom 8. Nov. 1867 § 19.

[9]) Prot. z. norдd. E. S. 370.

[10]) Prot. z. nordd. E. a. a. O.

[1]) Vergl. § 16 und die Bemerkungen zu diesem.

ländische in Deutschland wohnende Exterritoriale besondere Bestimmungen zu treffen, war nicht nothwendig. Die Motive zu § 8 des Entwurfs des Gerichtsverfassungsgesetzes bemerken hierüber: „Aus dem Satze, daß die diplomatischen Personen u. s. w. der inländischen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen sind, ergiebt sich nicht nur, daß sie im Inlande nicht gegen ihren Willen verklagt werden können,[2]) sondern ebenso, daß Zustellungen an sie nach den Grundsätzen von Zustellungen im Auslande zu bewirken sind. Ausdrücklicher Bestimmungen hierüber bedurfte es nicht." Daraus folgt aber auch, daß sie, obgleich in Deutschland wohnend, sich den Vorschriften der §§ 160, 161 unterwerfen müssen.[3])

„die Vorsteher der Reichskonsulate". Das Gesetz unterscheidet nicht, ob Einzelnen derselben das Recht der Exterritorialität zusteht oder nicht.[4]) Jede andere Art der Zustellung, durch Gerichtsvollzieher oder Vermittlung des Gerichtsschreibers, ist in den Fällen der §§ 182, 183 rechtsunwirksam.[5])

§ 184.

Zustellungen an Personen, welche zu einem im Auslande befindlichen oder zu einem mobilen Truppentheile oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören, können mittels Ersuchens der vorgesetzten Kommandobehörde erfolgen.

„an Personen". Das Gesetz sagt hier nicht wie in den §§ 14, 15 „Militärpersonen", woraus folgt, daß § 184 auch nicht blos letztere begreift. Zu einem mobilen Truppentheile gehören z. B. Feldgeistliche.

„mobilen Truppentheile" ist dem im Auslande befindlichen Truppentheile gegenüber gestellt. Ein Truppentheil ist aber dann „mobil", wenn im deutschen Reiche durch den Kaiser, (in Bayern

---

[2]) So allgemein ist diese Bemerkung nicht richtig. Vergl. S. 168, 186 und 218.

[3]) Aber es wird nicht ausgeschlossen sein, daß sie, wenn sie am Orte des Prozeßgerichts wohnen, erklären, daß an sie selbst Zustellungen erfolgen sollen.

[4]) Vergl. S. 128—129.

[5]) Aber auch hier tritt § 267 ein.

durch den König) die Ordre zur Mobilmachung erlassen ist und bleibt mobil, bis die Ordre zur Demobilmachung erlassen wird.[1]) Die kürzere oder längere Zeit, die der Truppentheil nothwendig hat, um die eine oder andere Ordre auszuführen, kommt nicht in Betracht.

„in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges". Darunter kann nicht der mobile Stand des Kriegsfahrzeugs verstanden werden. § 9 Nr. 1 des Militärstrafgesetzbuchs spricht von dem mobilen Zustande der Marine und § 164 erklärt als mobilen Zustand den Kriegszustand eines Schiffs. Als in Dienst gestellt ist ein Kriegsfahrzeug schon dann zu betrachten, wenn es auch in Friedenszeiten zu einer Uebungsfahrt u. dgl. vollkommen ausgerüstet sich noch in den deutschen Gewässern befindet. Ist letzteres nicht der Fall, wird ohnedies eine Zustellung an seine Besatzung nicht wohl möglich sein.

Die Motive bemerken zu § 184: Nach Vorschrift des norddeutschen Entwurfs § 271 sollte in den Fällen des § 184 das Ersuchen an den Auditeur gerichtet werden. Der Entwurf hat dem Auditeur die vorgesetzte Kommandobehörde substituirt, weil sonst die Vorschrift in Betreff der Kriegsmarine nicht in allen Fällen ausführbar sein würde, da nur größeren Geschwadern, nicht aber einzelnen Kriegsschiffen ein Auditeur mitgegeben wird.[2])

Im Falle des § 184 gilt die Zustellung nicht, wie im Falle des § 158, durch die Empfangnahme von Seite der Kommandobehörde bewirkt; für ersteren ist die Kommandobehörde verpflichtet, dem requirirenden Gerichte ein Zeugniß über die Zustellung zu remittiren. Hier sind die Bestimmungen des § 185 in Anwendung zu bringen, die nicht blos für Zustellungen im Auslande gelten. Die Kommandobehörde gehört, wie schon aus der Bezeichnung hervorgeht, zu den Behörden.[3]) Auch ist hier nicht, wie in § 158 unter Kommandobehörde nur der Chef der Eskadron,

---

[1]) Für diese Zeitdauer gelten auch die Kriegsgesetze, wenn auch die mobilen Truppen ihre Kasernen nicht verlassen. § 9 Abs. 1, § 10 Abs. 1 des Militärstrafgesetzbuchs.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 175—178.

[3]) Vergl. S. 596 unter „einer Behörde".

Kompagnie, Batterie ꝛc. zu verstehen, sondern jedes der Person, welcher zugestellt werden soll, vorgesetzte höhere Kommando. Dem Höchstkommandirenden kann also nach § 184 nicht zugestellt werden.

„können — erfolgen". Dadurch unterscheidet sich § 184 von den §§ 182, 183. Während nach diesen ein bestimmter Zustellungsmodus eingehalten werden muß, ist die Bestimmung des § 184 fakultativ und eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher oder die Post, bei im Auslande befindlichen Truppen nach Maßgabe des § 182 nicht ausgeschlossen.

§ 185.

Die erforderlichen Ersuchungsschreiben werden von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts erlassen.

Die Zustellung wird durch das schriftliche Zeugniß der ersuchten Behörden oder Beamten, daß die Zustellung erfolgt sei, nachgewiesen.

„von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts".[1]) Das Prozeßgericht ist dasjenige, bei welchem ein Prozeß anhängig ist, also das Instanzgericht, oder bei welchem ein Prozeß anhängig gemacht werden soll, der § 185 ist also namentlich anwendbar bei Zustellungen von Klagen gegen Ausländer (§ 22, 24, 25, 28, 29, 32), auch im Mahnverfahren, nur ist hier immer das Ersuchschreiben von einem Amtsgerichte zu erlassen (§ 628).

In anhängigen Prozessen wird die Anwendung des § 185 mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 160 Abs. 2 und 161 selten vorkommen, selbst bei Zustellung eines Schriftsatzes, durch welchen ein Rechtsmittel eingelegt wird (§ 164).

„Ersuchungsschreiben — werden erlassen". Daß für die Weiterbeförderung die Gerichtsschreiberei zu sorgen hat und wie diese Weiterbeförderung erfolgt, ist schon zu § 182 bemerkt worden.

„ersuchten Behörden oder Beamten". Während in § 182 nur von Behörden die Rede ist, wird hier[2]) neben diesen der

---

[1]) Bei Amtsgerichten von dem Amtsrichter.

[2]) Auch in § 190.

Beamten erwähnt. Es kann hier doch keine Tautologie zu Grunde liegen, sondern man dachte wohl an die in § 182 genannten Gesandten und Konsuln.

„nachgewiesen". Das schriftliche Zeugniß der um die Zustellung ersuchten Beamten oder Behörden, daß dieselbe erfolgt sei, giebt denselben Beweis, wie die Beurkundung eines Gerichtsvollziehers nach §§ 166—168 (vergl. Bundesges. v. 8. Nov. 1867 § 15 und Verf. d. deutschen Reichs Art. 80 Nr. 4).[3]) Da dieses Zeugniß gleich einer Urkunde des Gerichtsvollziehers ist, muß dasselbe in Anwendung des § 173 Abs. 4 dem Requirenten hinausgegeben werden.

§ 186.

Ist der Aufenthalt einer Partei unbekannt, so kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen.

Die öffentliche Zustellung ist auch dann zulässig, wenn bei einer im Auslande zu bewirkenden Zustellung die Befolgung der für diese bestehenden Vorschriften unausführbar ist oder keinen Erfolg verspricht.

Der § 186 führt die Fälle an, in denen eine öffentliche Bekanntmachung zulässig ist. Abs. 2 setzt hiebei einen „bekannten Aufenthalt" der Partei voraus, an die zugestellt werden soll. Die Motive bemerken hiezu: Der Ersatz der ordentlichen Insinuation durch eine öffentliche Zustellung mit der Fiktion wirklich erfolgter Behändigung ist für den Nothfall, wo keine der andern Zustellungsformen zum Ziele führt oder führen kann,[1]) allen Gesetzgebungen bekannt. Wenn dieser Nothfall anzunehmen, bestimmt § 186. Unter den gegebenen Voraussetzungen ist die öffentliche Zustellung auch statthaft gegenüber Personen, deren Beitritt zu einem anhängigen Rechtsstreit veranlaßt werden soll (Streit-

---

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 175—178.

[1]) Also auch, wenn der Aufenthalt der Person im Auslande bekannt ist, aber wegen Mangels diplomatischen und direkten Verkehrs mit den Behörden und Beamten des Auslandes eine Zustellung nicht erfolgen kann.

verkündung §§ 69 ff., 73, vergl. Württemberg Art. 251).[2]) Uebrigens kommen die Vorschriften der §§ 186 ff. auch dann zur Anwendung, wenn im Laufe des Prozesses eine zweite oder fernere öffentliche Ladung derselben Partei erforderlich wird,[3]) aber in jedem Falle hat das Gericht wieder besonders zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 186 gegeben sind und muß für jeden Fall ein neues Gesuch gestellt werden, das sich selbstverständlich auf die früher behaupteten beziehungsweise bescheinigten nicht geänderten Umstände beziehen kann. In den Fällen der §§ 740, 743, 761 braucht eine öffentliche Zustellung nicht zu geschehen.[4])

„Ist der Aufenthalt einer Partei unbekannt". Ob dies der Fall ist, ist Thatfrage;[5]) aber die Gegenpartei wird dem Gerichte, ehe sie eine öffentliche Bekanntmachung beantragen kann, nachweisen müssen, daß der Aufenthalt der Partei ihr nicht bekannt sei, z. B. dadurch, daß vergeblich versucht wurde, ihr am bisherigen Aufenthaltsorte zuzustellen, durch ein Zeugniß der Heimathbehörde u. dgl. Das Gericht ist auf keinen Fall verpflichtet, auf die Behauptung der einen Partei hin, der Aufenthalt der Gegenpartei sei unbekannt, eine öffentliche Bekanntmachung zu erlassen.[6]) Auch wenn der Aufenthalt der Partei unbekannt ist, fällt eine öffentliche Bekanntmachung weg, so lange einem gesetzlichen Vertreter (Generalbevollmächtigten, Prokuristen) zugestellt werden kann. Der § 186 kommt auch nicht zur Anwendung, wenn der Aufenthalt einer nicht prozeßfähigen Partei unbekannt ist; diese kommt bei Zustellungen gar nicht in Betracht (§ 157 Abs. 1).

---

[2]) Auch bei Berathung des norddeutschen Entwurfs war man darüber einig, daß auch Litisdenunciaten und Intervenienten öffentlich geladen werden können. Prot. z. nordd. E. S. 371.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu § 179—182.

[4]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[5]) Der Vertreter des Bundesraths v. Amsberg bemerkte bei Berathung in der Justizkommission, man würde gut thun, dem richterlichen Ermessen freien Spielraum zu lassen. Prot. d. J.K. S. 72.

[6]) Vergl. zu § 187 unter „nach dem sie bewilligt ist".

Erst wenn der Aufenthalt ihres gesetzlichen Vertreters unbekannt ist,[7]) tritt § 186 in Anwendung.

Für die Anwendung des § 186 macht es übrigens keinen Unterschied, ob der Aufenthalt der Partei schon bei Beginn des Prozesses unbekannt ist oder erst im Laufe des Prozesses unbekannt wird.[8]) Von der Aufstellung eines curator litis im Falle der öffentlichen Ladung einer Partei wurde Umgang genommen, hiedurch wird aber das geltende Recht in Bezug auf die Anordnung einer cura absentis, sei es für das gesammte Vermögen oder für einzelne Vermögensgegenstände des absens in keiner Weise berührt.[9]) Zur Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung gehört ein darauf gerichteter Antrag des Requirenten.[10]) Hat aber die Anberaumung eines Termins und die Ladung hiezu von Amtswegen zu erfolgen, so muß auch die öffentliche Ausschreibung von Amtswegen erfolgen können.

§ 187.

Die öffentliche Zustellung wird, nachdem sie auf ein Gesuch der Partei vom Prozeßgerichte bewilligt ist, durch den Gerichtsschreiber von Amtswegen besorgt. Die Entscheidung über das Gesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden.

Die öffentliche Zustellung erfolgt durch Anheftung einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks an die Gerichtstafel. Enthält das Schriftstück eine Ladung, so ist außerdem die zweimalige Einrückung eines Auszugs des Schriftstücks in dasjenige Blatt, welches für den Sitz des Prozeßgerichts zur Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachungen bestimmt ist,

---

[7]) Wenn derselbe sich z. B. auf einer längeren Reise im Auslande befindet. § 55 setzt voraus, daß die nicht prozeßfähige Partei keinen gesetzlichen Vertreter hat.

[8]) Prot. z. nordd. E. S. 371—372.

[9]) Prot. z. nordd. E. S. 373—374. Hiemit stimmen die Motive zu § 186 wörtlich überein.

[10]) § 187 „nachdem hierauf das Gesuch der Partei bewilligt ist". Auch § 190 spricht von dem Gesuche um öffentliche Bekanntmachung.

sowie die einmalige Einrückung des Auszugs in den Deutschen Reichsanzeiger erforderlich.

Das Prozeßgericht kann anordnen, daß der Auszug noch in andere Blätter und zu mehreren Malen eingerückt werde.

„nachdem sie bewilligt ist". Die Gestattung ist nur nach vorgängiger causae cognitio mit oder ohne mündliche Anhörung der Parteien[1]) vom Prozeßgerichte — also nicht vom Vorsitzenden — zu bewilligen (gegen die Ablehnung des Gesuchs findet Beschwerde statt), sodann durch den Gerichtsschreiber nach Vorschrift der §§ 187 Abs. 2, 188 bezw. der vom Gerichte getroffenen Anordnungen (Abs. 3 des §) zu besorgen.[2]) Der Gerichtsschreiber hat also nicht nur für das Anheften der beglaubigten Abschrift des Schriftstücks an die Gerichtstafel zu sorgen, sondern er hat für den Fall einer Ladung auch den für die Einrückung bestimmten Auszug selbst anzufertigen und die Insertion zu besorgen.[3])

„einer beglaubigten Abschrift". Diese Worte enthielt der Entwurf nicht. Sie wurden auf Antrag des Reichstagsabgeordneten Struckmann, der damit ein durch die Fassung des § 173 angenommenes Prinzip zur Durchführung bringen wollte, aufgenommen.[4])

„Enthält das Schriftstück eine Ladung". Die Motive bemerken hiezu: Anlangend die Form der öffentlichen Zustellung, so erschien für alle Zustellungen, welche keine Ladung enthalten, mithin regelmäßig nur in Folge eines bereits anhängigen Prozesses ergehen — z. B. Versäumnißurtheile gegen eine öffentlich geladene Person — der Aushang an der Gerichtstafel genügend, für alle öffentlichen Ladungen aber als ein wesentliches Erforderniß der Gültigkeit derselben, neben der Insertion. Die Ladung selbst wird in einem Auszuge, welcher in möglichst gedrängter Kürze

---

[1]) Wenn die Motive hier sagen „des Petenten", so ist daran zu erinnern, daß die öffentliche Zustellung auch für Nebenparteien zulässig ist, und hierüber sich beide Hauptparteien äußern können.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 179—182 Abs. 3.

[3]) Prot. z. nordd. E. S. 372—373.

[4]) Prot. d. J.K. S. 72—73. Vergl. § 156.

zu fassen ist, inserirt.[5]) Nach dem Unterschiede, ob mit der Zustellung eine Ladung verbunden ist oder nicht, richtet sich aber die Zeitdauer, während welcher das Schriftück an der Gerichtstafel angeheftet bleiben soll (§ 189).

Zu den Schriftstücken, die keine Ladung enthalten, gehören alle Urtheile; diese werden also nicht inserirt, auch nicht Versäumungsurtheile.[6])

Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs war die Prozeßkommission nicht zweifelhaft darüber, daß der Aushang an der Gerichtstafel sowie die öffentlichen Blätter, in welche der Auszug eingerückt sei, den Gerichtsakten beigefügt werden müssen.[7]) Dagegen bemerkte geheimer Justizrath Kurlbaum II bei Berathung in der Justizkommission: Zugestellt im Sinne des Gesetzes werde immer das Original; dem Original werde immer das Attest des Gerichts über die erfolgte Zustellung durch Anheftung an die Gerichtstafel beigefügt; angeheftet werde dann die Abschrift des Originals; bei Gericht verbleibe keine Abschrift.[8]) Nun hat allerdings nicht das Gericht, sondern der Gerichtsschreiber das Attest über die erfolgte Aushängung und die Zeitdauer dieser auszustellen, aber nach § 173 Abs. 4 ist dieses Attest sowie das ausgehängte Schriftstück der betreibenden Partei zu übergeben und die Bemerkung in den norddeutschen Protokollen nur bei Zustellungen von Amtswegen zutreffend.

Die Motive zu § 190 sagen:[9]) „In Fällen, wo dem Gegner thatsächlich nicht behändigt werden kann, z. B. weil sein Aufenthalt unbekannt ist, wird der Bedingung des § 190 durch öffentliche Zustellung genügt werden können, denn nach Ablauf der

---

[5]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 179—182.

[6]) Ein Antrag Beckers, nach dem Worte Ladung einzuschalten „oder ein Versäumnißurtheil", wurde von der Justizkommission abgelehnt, nachdem geheimer Justizrath Kurlbaum II angeregt hatte, ob hiedurch nicht die Lage der Partei gegenüber § 211 Abs. 2 verkümmert werde, weil man bei Einrückung in öffentliche Blätter bezweifeln könne, ob die Partei ein Verschulden treffe. Prot. d. J.K. S. 72—74.

[7]) Prot. z. nordd. E. S. 372.

[8]) Prot. d. J.K. S. 73—74. Vergl. auch die Bemerk. zu § 155, 156.

[9]) Bes. Begr. d. E. zu § 183 Abs. 2.

Fristen des § 189 steht die öffentliche Zustellung der thatsächlich erfolgten Behändigung in ihrer Wirkung durchaus gleich." Hiernach läge also schon in dem Gesuche um Zustellung nach den §§ 182, 183, 184, wenn diese unausführbar ist oder vergeblich versucht wurde, das eventuelle Gesuch um öffentliche Zustellung. Im Gesetze selbst ist hievon nichts enthalten; aber für die Wirkungen des § 190 ist es nicht gleichgültig, ob die Zustellung in Folge des Gesuchs nach §§ 182—184, oder erst auf die öffentliche Bekanntmachung hin erfolgte, weßhalb ein Gesuch der Partei um öffentliche Zustellung immer erforderlich scheint.[10]) Unterläßt die Partei, ein besonderes eventuelles Gesuch zu stellen, das Gericht bethätigt aber gleichwohl die öffentliche Zustellung auf Grund der angegebenen Motive, so hat sie auf die Folgen des § 190 keinen Anspruch.

§ 188.

In dem Auszuge des Schriftstücks müssen das Prozeßgericht, die Parteien, der Gegenstand des Prozesses, der Antrag, der Zweck der Ladung und die Zeit, zu welcher der Geladene erscheinen soll, bezeichnet werden.

Der Entwurf enthielt als Eingang die Worte: In dem Auszuge der Ladung, hatte auch die Worte „der Antrag" nicht. Beides wurde als Konsequenz des Beschlusses über die Fassung des § 187 eingeschaltet.[1]) Unter Antrag ist die Sachbitte zu verstehen.

§ 188 bezieht sich nur auf Satz 2 Abs. 2 des § 187. Aber aus der Fassung geht hervor, daß auch die Ladung nur im Auszuge, nicht vollständig zu inseriren ist; sonst wäre die Bestimmung über den Zweck der Ladung und die Zeit des Erscheinens ohne Bedeutung. Auch ist die Ladung nur ein Theil des Schriftstückes.

---

[10]) Vergl. die Bemerk. zu § 190 a. E.

[1]) Prot. d. J.K. S. 74.

§ 189.

Das eine Ladung enthaltende Schriftstück gilt als an dem Tage zugestellt, an welchem seit der letzten Einrückung des Auszugs in die öffentlichen Blätter ein Monat verstrichen ist. Das Prozeßgericht kann bei Bewilligung der öffentlichen Zustellung den Ablauf einer längeren Frist für erforderlich erklären.

Enthält das Schriftstück keine Ladung, so ist dasselbe als zugestellt anzusehen, wenn seit der Anheftung des Schriftstücks an die Gerichtstafel zwei Wochen verstrichen sind.

Auf die Gültigkeit der Zustellung hat es keinen Einfluß, wenn das anzuheftende Schriftstück von dem Orte der Anheftung zu früh entfernt wird.

Der § 189 entspricht in Abs. 1 dem § 278, in Abs. 2 dem § 279 des norddeutschen Entwurfs. Dem norddeutschen Entwurf war hiebei § 193 des preußischen Entwurfs vorgelegen, dessen Abs. 1 lautet: Die Zustellung gilt als bewirkt, sobald seit der zweiten Einrückung in den öffentlichen Anzeiger des Amtsblatts ein Monat verstrichen ist. Die Mehrheit der norddeutschen Prozeßkommission beschloß nun, daß die Ladung an der Gerichtstafel bis zum Ablauf der in § 193 des preuß. Entwurfs bestimmten Frist ausgehängt bleiben müsse.[1]) Es liegt ohnedies in der Natur der Sache, daß das Anheften an die Gerichtstafel so lange fortbesteht, bis die Ladung als zugestellt gilt; aus diesem Grunde ist auch im Falle des Abs. 2 des § die Ladung zwei Wochen[2]) lang an die Gerichtstafel anzuheften. Uebereinstimmend hiemit bemerken auch die Motive: In beiden Fällen soll zwar der Aushang regelmäßig bis zum Ablauf der in § 189 bestimmten Frist an der Gerichtstafel verbleiben, ohne daß jedoch eine frühere Entfernung der Gültigkeit der Zustellung Eintrag thun wird.[3]) Der norddeutsche Entwurf enthielt in Abs. 3 des § 281 die Bestimmung: Eine frühere Entfernung hat auf die Gültigkeit der Zustellung keinen Einfluß und die Justizkommission nahm dieselbe

---

[1]) Prot. z. norddd. E. S. 372.

[2]) Vergl. hiezu § 200 und die Bemerkungen zu diesem.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 179, 182.

als Absatz 3 nach Antrag von Struckmann auf, der auf § 826 hinwies, und bemerkte, daß wenn auch selbstverständlich durch Abreißen eines Schriftstücks die Zustellung nicht ungültig werde, doch hier bei dem Mangel einer Vorschrift wie im § 826 Zweifel entstehen könnten.[4])

§ 190.

Wird auf ein Gesuch, welches die Zustellung eines demselben beigefügten Schriftsstücks mittels Ersuchens anderer Behörden oder Beamten oder mittels öffentlicher Bekanntmachung betrifft, die Zustellung demnächst bewirkt, so treten, insoweit durch die Zustellung eine Frist gewahrt und der Lauf der Verjährung oder einer Frist unterbrochen wird, die Wirkungen der Zustellung bereits mit der Ueberreichung des Gesuchs ein.

Die Motive bemerken hiezu: Die Insinuation durch den Gerichtsvollzieher oder durch die Post giebt dem direkten treibenden Einfluß der Partei auf die Raschheit der Zustellung soweit Raum, daß es dem betreibenden Theile bei einiger Diligenz stets möglich sein wird, Fristen zu wahren oder den Lauf der Verjährung oder einer Frist zu unterbrechen, sofern dies von einer Zustellung abhängig ist (vergl. §§ 212, 214, 230, 239, 304, 477, 514, 540, 806 u. A.).

Anders verhält es sich in den Fällen der §§ 182—189, in denen die Partei zur Bewirkung einer Zustellung ihrerseits nichts weiter thun kann, als bei dem Gerichte ein begründetes Gesuch anzubringen, und die rechtzeitige Zustellung von prompter Rechtshülfe und einer Anzahl zufälliger Umstände abhängig ist. Um für solche Fälle die Innehaltung von Fristen u. s. w. gegenüber dem Abwesenden überhaupt zu ermöglichen, ist die Bestimmung, daß die Wirkungen der Zustellung bereits mit dem Momente der Ueberreichung des Gesuchs eintreten sollen, unentbehrlich.[1])

---

[4]) Prot. d. J.K. S. 74, 532.

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 183.

„die Zustellung demnächst bewirkt". Undeutlich ist der Ausdruck „demnächst", der offenbar „hierauf" bedeutet. Ob die Zustellung bald oder später bewirkt wird, ist gleichgültig. Die Motive bemerken hiezu: Der Entwurf knüpft jedoch diese Folge, mit Rücksicht auf die sehr erheblichen materiellen Wirkungen, welche die bewirkte Zustellung für die Requisition äußert, an die Bedingung, daß die Zustellung demnächst auch wirklich ausgeführt wird, läßt also nur eine Rückwirkung auf den Moment der Gesuchsüberreichung eintreten.

„der Lauf der Verjährung oder einer Frist unterbrochen". Der § 190 bezieht sich auf Prozeßfristen und Fristen des bürgerlichen Rechts. Das geht schon aus § 239 hervor.[2]) § 190 nimmt keine Fristen aus. Auch Nothfristen fallen darunter. Wo solche ausgenommen sind, wird das im Gesetze bemerkt (§ 202). Unanwendbar sind die Bestimmungen des § auf Zustellungen mittels Ersuchens des Gerichtsschreibers oder des Gerichtsvollziehers (§§ 177, 179). Die Motive sagen hiezu: Dagegen mußte es bedenklich erscheinen, die Vorschrift, welche für die außerordentlichen, längere Zeit beanspruchenden Zustellungen der §§ 182 ff. als Ausnahme geboten ist, auf die im amtsgerichtlichen Prozesse regelmäßig zugelassene Angehung des Gerichtsschreibers auszudehnen.[3]) Auch auf Zustellungen von Amtswegen findet selbstverständlich der § 190 keine Anwendung.

Wird von einer Partei mit dem Gesuche um Zustellung nach den §§ 182—184 eventuell für den Fall der Erfolglosigkeit (§ 186 Abs. 2) ein Gesuch um öffentliche Zustellung verbunden[4]) und erst dieses hat einen Erfolg, so müssen die Folgen des § 190 mit Rücksicht auf das eventuell gestellte Gesuch schon mit dessen Ueberreichung eintreten.

---

[2]) Siebenhaar, Com. z. C.P.O. zu § 190 folgert hieraus das Gegentheil. Die §§ 213, 280 des nordd. Entw. sprechen deutlicher von der Verjährung oder einer Frist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts und dieses Gesetzbuchs.

[3]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[4]) Vergl. die Bemerk. zu § 187 a. E.

Wird ein Gesuch abgewiesen und bei Erneuerung desselben ihm stattgegeben, so treten die Folgen des § von der Zeit der Uebergabe des erneuerten Gesuchs ein.

Dritter Titel.

Ladungen, Termine und Fristen.

§ 191.

Die Ladung zu einem Termin erfolgt durch die Partei, welche über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit mündlich verhandeln will.

Ist mit der Ladung zugleich eine Klageschrift oder ein anderer Schriftsatz zuzustellen, so ist die Ladung in den Schriftsatz aufzunehmen.

„Die Ladung zu einem Termine".[1]) Die Motive definiren diese Ladung als eine Aufforderung an den Gegner, an Streitgenossen und an sonstige bei dem Rechtsstreite betheiligte Personen (Intervenienten, Litisdenunciaten u. s. w.) in dem Termine zu erscheinen.

„erfolgt durch die Partei". Die Ladung ist bei dem Gerichtsschreiber einzureichen, aber nur zum Zwecke der Terminsbestimmung zu einer mündlichen Verhandlung (§§ 193 Abs. 1, 232). In den Motiven ist bemerkt: „Eine sachliche Prüfung der Schriftsätze, in welche eine Ladung aufgenommen ist (§ 191 Abs. 2) zu dem Zwecke, formell oder materiell unbegründete Gesuche a limine zurückzuweisen, würde dem Mündlichkeitsprinzip widerstreiten, da nach diesem lediglich das mündliche Vorbringen in der Gerichtssitzung entscheidend ist. Von diesem prinzipiellen Standpunkte aus erschien die Bestimmung des nordd. Entwurfs (§ 218), daß die von einer Partei nachgesuchte Bestimmung des Termins zu einer mündlichen Verhandlung nicht verweigert werden kann, selbstverständlich und darum entbehr-

[1]) Hier ist auf G.V.G. § 202 Abs. 1: „Während der Ferien werden nur in Feriensachen Termine abgehalten und Entscheidungen erlassen" hinzuweisen. Vergl. auch die Bemerkungen zu § 202.

lich.[2]) Die Mitwirkung des Gerichts zur Einleitung des Rechtsstreits ist sonach, wie die allgemeine Einleitung § 9 betont, nur eine formelle. Hievon waren jedoch Ausnahmen bei dem Verfahren in Ehe- und Entmündigungs- und Aufgebotssachen nothwendig (§§ 570, 597, 824).[3]) Der Gerichtsschreiber hat die Ladung dem Vorsitzenden (Amtsrichter) bezw. dem ersuchten oder beauftragten Richter (§ 207) so zeitig vorzulegen, daß die Notirung des Termins auf dieselbe binnen 24 Stunden erfolgen und demnächst[4]) die Ladung von der betreibenden Partei wieder abgefordert werden kann — § 193 Abs. 2.[5])

„Ist mit der Ladung“. Die Zustellung der Klage oder eines andern Schriftsatzes (Einspruchs- und Rechtsmittelsschrift ꝛc.) ohne Ladung ist so wenig wie eine Ladung zu einem nicht bestimmten Termine von rechtlicher Bedeutung für den Gegner.[6])

§ 192.

In Anwaltsprozessen muß die Ladung zur mündlichen Verhandlung, sofern die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt, die Aufforderung an den Gegner enthalten, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen.

Der Entwurf enthielt nach den Motiven: „zur mündlichen Verhandlung“ die Einschaltung „über die Klage, über ein Rechts-

---

[2]) Gleichwohl war man bei Berathung des norddeutschen Entwurfs einig, daß die Anberaumung eines Termins im Anwaltsprozesse von dem Vorsitzenden abgelehnt werden könne, wenn die Klagschrift von keinem Anwalt unterzeichnet sei. Prot. z. nordd. E. S. 533. Das ist auch jetzt noch zutreffend. — Dort ist auch bemerkt, daß der Vorsitzende den Anwalt auf einen bestehenden Mangel aufmerksam machen dürfe.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 186, 184.

[4]) Vergl. über diesen Ausdruck in den Motiven die Bemerk. zu § 190.

[5]) Vgl. hiezu die Bemerk. zu § 193 unter „binnen vierundzwanzig Stunden“.

[6]) Bes. Begr. d. E. a. a. O. Die Motive bemerken hier weiter, daß der Entwurf den Satz des hann. Entw. § 177, daß die rechtlichen Wirkungen der Zustellung auch ohne vorgängige Anberaumung eines Termins eintreten und dem Gegner die Befugniß ertheilt werde, nachträglich die Terminsbestimmung zu extrahiren, wegen der damit verbundenen praktischen Unzuträglichkeiten nicht übernommen habe.

mittel, über die Aufnahme des Verfahrens, über den Einspruch, gegen einen Vollstreckungsbefehl und über die Aufhebung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung", welche von der Redaktionskommission und zwar zuerst der Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl, dann die ganze Einschaltung gestrichen wurde, indem sie von der Ansicht ausging, daß hierin nur eine Redaktionsänderung liege.[1]) Die Motive bemerken hiezu: Spezielle Erfodernisse der Ladung vorzuschreiben (norddd. Entw. §§ 184, 209) hat der Entwurf für entbehrlich erachtet, weil sie sich mit Rücksicht auf den Zweck der Ladung, den Gegenstand des Termins, zu welchem geladen wird und die Person des Ladenden im einzelnen Falle von selbst ergeben;[2]) hervorgehoben ist als obligatorisch nur die Aufforderung zur Anwaltsbestellung in den hier gedachten Fällen.[3]) Die Aufforderung zur Anwaltsbestellung in Anwaltsprozessen ist daher nunmehr bei jeder zugestellten Ladung zu einer mündlichen Verhandlung nothwendig, wenn die Ladung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt,[4]) selbst wenn die geladene Partei notorisch einen Anwalt schon bestellt hat, da außerdem ein Versäumungsurtheil nicht erlassen werden kann (§ 300 Nr. 2).

Die neuerlichen Ladungen auf Grund der §§ 466, 467 fallen selbstverständlich unter § 192.

§ 193.

Die Ladung ist zum Zwecke der Terminsbestimmung bei dem Gerichtsschreiber einzureichen.

Die Bestimmung des Termins erfolgt binnen vierundzwanzig Stunden durch den Vorsitzenden.

Auf Sonntage und allgemeine Feiertage sind Termine nur in Nothfällen anzuberaumen.

---

[1]) Ber. v. 14. Nov. 1876.

[2]) Also muß die Ladung z. B. die Aufforderung an den B. enthalten, zur Verhandlung der Klage in dem Termine zu erscheinen.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu § 185.

[4]) Also z. B. bei der Ladung zur Erklärung nach § 73, in Zwischenstreiten. Vergl. aber zu § 74 a. E. u. S. 385. Da cessirt die Aufforderung.

„Die Ladung ist einzureichen". Vergl. hiezu die Bemerkungen zu § 191 und 233.

„zum Zwecke". Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs wurde vom Referenten bemerkt, daß das Erforderniß eines Antrags der Partei behufs Bestimmung des Termins selbstverständlich, eine Bestimmung aber, wonach nicht ein ausdrücklicher Antrag, sondern nur Hinterlegung der für den Gegner bestimmten Schrift in zwei Exemplaren erforderlich sei, zu kleinlich erscheine, um in das Gesetz aufgenommen zu werden. Man überließ die Sache der Redaktion.[1])

„der Terminsbestimmung". Bei der Anberaumung eines Termins hat der Vorsitzende die konkreten Umstände, die gesetzlichen Minimalfristen (vergl. §§ 123, 194, 234, 244, 456, 481, 484, 517, 519, 567, 636 u. s. w.)[2]) sowie etwaige besondere Anträge der ladenden Partei (§ 204) in Berücksichtigung zu ziehen.[3]) Er hat also besonders darauf Rücksicht zu nehmen, daß der Termin zur öffentlichen Verhandlung soweit hinausgeschoben werde, daß die Einlassungsfrist gewahrt wird.[4]) Ueber die Festsetzung einer bestimmten Stunde enthält die Civilprozeßordnung keine Vorschriften,[5]) gleichwohl wird es räthlich sein, um auszugleichen, damit nicht das Gericht unthätig zuwarten muß, andererseits dem Interesse des rechtssuchenden Publikums Rechnung getragen wird, daß nicht für jede Rechtssache eine be-

---

[1]) Prot. z. nordd. E. S. 330.

[2]) Der in den Motiven weiter angeführte § 443 d. Entw. (§ 462) paßt nicht mehr hieher.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 184, 186.

[4]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 225, 226. Wird diese nicht gewehrt, so kann gegen den nicht erschienenen Geladenen kein Versäumungsurtheil, sondern muß besondere Ladung erlassen werden. Prot. d. J.K. S. 533. Vergl. hiezu über § 204 und die Bemerkungen zu diesem.

[5]) Bei Berathung des hann. Entwurfs wurde von mehreren Mitgliedern als unerläßlich erklärt, als Regel daran festzuhalten, daß für den einzelnen Fall eine bestimmte Stunde für den Anfang des Termins nicht festgesetzt werde, sondern die regelmäßige Sitzungszeit des Gerichts für alle Fälle maßgebend sei, und der Beginn des einzelnen Termins durch den Aufruf der Sache bestimmt werde. Prot. z. hann. E. S. 320.

stimmte Stunde festgesetzt, aber auch nicht alle Sachen auf die nämliche Stunde fixirt, sondern daß die einzelnen Sachen nach ihrer muthmaßlichen Dauer gruppenweise auf die einzelnen Stunden vertheilt werden.[6])

Ein solches Verfahren liegt sicher im Interesse der Parteien und ihrer Prozeßbevollmächtigten, da der Vorsitzende nach seinem Ermessen (§ 127) die einzelnen Sachen aufrufen und hiebei die Wünsche der einzelnen Parteien und Prozeßbevollmächtigten u. s. w. über die Reihenfolge berücksichtigen kann. Uebrigens kann gerade so verfahren werden, wenn gar keine Stunde bestimmt wird; nur müssen alsdann alle Parteien bei Beginn der Sitzung schon anwesend sein. Allerdings bemerkte Dr. Bähr in der Justizkommission, der Entwurf enthalte nichts über zwei Dinge, welche in der Praxis eine große Rolle spielten, nämlich über die Termins- und die sog. Kontumazialstunde; er nehme an, daß bei jeder Terminsfestsetzung eine bestimmte Terminsstunde angegeben werde, und daß, falls nichts Anderes bestimmt, diese Stunde zugleich als diejenige gelte, zu welcher das Kontumazialurtheil erlassen werden könnte, worauf der Bundesrathsbevollmächtigte v. Amsberg bemerkte: Regelmäßig würden die Sachen vertheilt und für jede eine bestimmte Stunde angesetzt werden müssen, daß mit derselben die Kontumaziastunde zusammenfalle, verstehe sich von selbst;[7]) allein das Gesetz verlangt bei der Terminsbestimmung die Angabe einer bestimmten Stunde nicht. Wird der Termin auf einen bestimmten Tag anberaumt, so gilt die an diesem Tage beginnende Gerichtszeit[8]) als Terminsstunde. Ist aber eine Terminsstunde bestimmt, so muß der Aufruf sich darnach richten, so daß, wenn die eine Verhandlung auf 9 Uhr, die andere auf 10 Uhr an-

---

[6]) Das war die Ansicht des Referenten (v. Neumayr) im Gesetzgebungs-Ausschuß der K. der Abg. bei Berathung der bayer. P.O. und ebenso der J.K. der württemb. Kammer der Abgeordneten bei Berathung der württemb. C.P.O., wobei beide nicht nothwendig fanden, eine desfallsige Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen. Württ. Komm.-B. S. 156.

[7]) Prot. d. J.K. S 532.

[8]) Die wohl durch Anschlag oder auf andere Weise bekannt zu machen sein wird.

beraumt ist und die zur ersten Verhandlung geladenen Parteien ausbleiben, das Gericht bis zum zweiten Aufruf eine Stunde zuwarten muß.

Es ist namentlich dem Vorsitzenden anzuempfehlen, die Sachen, die wahrscheinlich durch Kontumazialurtheil ihre Erledigung finden, zuerst aufzurufen.

„binnen vierundzwanzig Stunden". In § 176 des hann. Entwurfs ist dafür bestimmt: Die Anberaumung der Tagfahrt ist auf dem Schriftsatze so zeitig zu bemerken, daß derselbe vierundzwanzig Stunden nach der Niederlegung abgeholt werden kann. Die jetzige Fassung beruht nur auf einer Redaktionsänderung, die schon der norddeutsche Entwurf vornahm.[9]) Das Gesetz nimmt nicht darauf Rücksicht, ob ein Theil der vierundzwanzig Stunden auf einen Sonn- oder Feiertag fällt. Da übrigens, wie schon zu § 191 erwähnt, die Zustellung einer Rechtsmittelschrift nur Wirkung hat, wenn mit derselben eine Ladung verbunden ist (§ 479), so muß letztere bei dem Gerichtsschreiber so bald eingereicht werden, daß mit Hinzurechnung der Frist von vierundzwanzig Stunden die Nothfrist nicht verloren geht. Der Gerichtsschreiber und Vorsitzende kann, wenn Ersterer die Ladung in solchen Fällen dem Vorsitzenden zu spät vorlegt oder Letzterer zu spät den Termin ansetzt, sich Regreßansprüchen aussetzen.

Die Bestimmung des Absatz 2 findet nicht Anwendung auf Ladungen, die mittels Ersuchschreiben der Behörde um Zustellung oder durch öffentliche Bekanntmachung zu erfolgen haben (§§ 182—190), da durch die Ueberreichung des Gesuchs die Frist gewahrt ist. Restitution gegen die Versäumung einer Nothfrist findet im Falle des § 213 statt.[10])

---

[9]) Es hat also nicht der Vorsitzende (Amtsrichter) vierundzwanzig Stunden Zeit zur Anberaumung dieses Termins, sondern diese Frist läuft vom Momente der Einreichung bei dem Gerichtsschreiber. Vergl. die Bemerk. aus den Motiven zu § 191.

[10]) Also wenn dem Gerichtsschreiber im Parteiprozesse eine Ladung zur Verhandlung über den Einspruch (§ 213) zur Vermittelung der Zustellung nach § 152 übergeben wurde.

„Auf Sonntage und allgemeine Feiertage" — vergl. hierüber die Bemerkungen zu § 171. Läuft eine Ladung an einem Sonn- oder Feiertage, an welchem der Gerichtsschreiber auf dem Bureau nicht anwesend ist, ein, so ist sie nicht bei diesem hinterlegt, und die Frist zur Anberaumung des Termins beginnt erst mit dem folgenden Werktage. Das Prinzip der Respektirung der Sonn- und Feiertage ist in den §§ 171, 200 Abs. 2 für die Parteien anerkannt, es muß auch für den Richter und das Gericht gelten; es kann dem Gerichtsschreiber und dem Vorsitzenden nicht zugemuthet werden, jeden Sonn- und Feiertag nachzusehen, ob ein Schriftstück, auf welchem eine Terminsbestimmung zu erfolgen hat, eingelaufen ist.

„nur in Nothfällen". Das Gesetz spezialisirt solche nicht, sondern überläßt die Beurtheilung der Frage, ob ein solcher vorliegt, dem Ermessen des Vorsitzenden. Beispielsweise mag auf Meß- und Marktsachen hingewiesen werden, für welche die Einlassungsfrist ohnedies nur 24 Stunden betragen muß (§ 234 Absatz 1).

Die Vorschriften des § 193 gelten nicht nur für die Ladung zur Verhandlung der Klage, sondern überhaupt für alle Ladungen zu Terminen, die im Laufe des Prozesses auf Antrag anzuberaumen sind, abgesehen von den Bestimmungen des § 195, für alle Instanzen und für jede Prozeßart.

Gegen die Verweigerung einer Terminsbestimmung ist Beschwerde zulässig (§ 530).

§ 194.

Die Frist, welche in einer anhängigen Sache zwischen der Zustellung der Ladung und dem Terminstage liegen soll (Ladungsfrist), beträgt in Anwaltsprozessen mindestens eine Woche, in anderen Prozessen mindestens drei Tage, in Meß- und Marktsachen mindestens vierundzwanzig Stunden.

„Die Frist". Die Motive bemerken hiezu:

Von den Fristen des Entwurfs sind hervorzuheben:

1) Einlassungsfristen, d. h. diejenigen Zeiträume, welche zwischen der Zustellung der Klagschrift, bezw. Berufungs- und

Revisionsschrift[1]) und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegen sollen (§ 234,[2]) 459, 517, 567).

2) Ladungsfristen, d. h. Fristen, welche in einer anhängigen Sache zwischen der Zustellung der Ladung und dem Terminstage liegen sollen (§§ 194, 456, 462, 636).

3) Fristen, welche die Zustellung vorbereitender Schriftsätze regeln für die Klagbeantwortung, Beantwortung der Berufungs- und Revisionsschrift (§§ 244, 484, 519); für sonstige vorbereitende Schriftsätze (§§ 123, 245 Abs. 2).

4) Nothfristen (Fatalien).[3]) Als solche bezeichnet die Civilprozeßordnung die Fristen zur Einlegung des Einspruchs (§ 304), der Berufung, der Revision (§§ 477, 514), der sofortigen Beschwerde (§ 540 Abs. 2), zur Erhebung der Restitutions- und Nullitätsklage (§ 549), der Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurtheil (§ 835) und gegen einen Schiedsspruch (§ 870).

5) Gesetzliche und richterliche Fristen. Richterliche Fristen werden von dem Richter gegeben, die Dauer mag durch das Gesetz begrenzt oder ihre Bemessung dem richterlichen Arbitrium innerhalb gewisser Schranken überlassen sein; dahin gehören u. A. die Einlassungs-, Ladungs- und die zur Vorbereitung durch Schriftsätze bestimmten Fristen. Gesetzliche Fristen werden nicht durch Verfügung des Richters in Lauf gesetzt, sondern ihr Beginn knüpft sich kraft des Gesetzes unmittelbar an ein bestimmtes prozessualisches Ereigniß (z. B. die Zustellung eines Parteischriftstücks). Dahin gehören sämmtliche Nothfristen, die Fristen für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 212, 213), auf Berichtigung des Thatbestandes (§ 291), Ergänzung des Urtheils (§ 292), für Erhebung des Widerspruchs gegen einen Zahlungsbefehl (§§ 632, 634) u. A.[4]) Der innere Unter-

---

[1]) Die weiter erwähnte Oberrevisionsschrift ist nach dem Systeme der Civilprozeßordnung weggefallen.

[2]) Eine Ausnahme von § 234 findet bei Klagen vor Kammern für Handelssachen statt. Vergl. zu § 234.

[3]) Vergl. hiezu § 201 Abs. 3.

[4]) Hieher gehört auch der im Entwurfe nicht enthaltene § 605.

schied beider tritt in den Vorschriften über die Zulässigkeit ihrer Erstreckung und Abkürzung (§§ 202, 204) in die Erscheinung.

Beispiele, daß richterliche Fristen zu bestimmen sind, bieten die §§ 536 Abs. 2, 245 Abs. 2.

Zusatzfristen,[5]) wie solche namentlich die bayerische Prozeßordnung enthält, kennt die Civilprozeßordnung nicht. Hier ist durch die Ermächtigung des Vorsitzenden oder des Gerichts die Einlassungs- und Ladungsfristen nicht nur auf Antrag (§§ 202, 203), sondern in einzelnen Fällen auch ohne solchen Antrag entsprechend festsetzen zu können (§§ 234, 304, 459, 481, 517) Vorsorge getroffen.

„liegen soll“ nicht „muß“. Die Nichteinhaltung hat keine Nachtheile, als daß der erschienene Gegner Vertagung beantragen, gegen den Nichterschienenen kein Versäumnißurtheil erlassen werden kann. Die Ladungsfrist besteht auch für Nebenparteien.

„mindestens eine Woche“. Das ist nach § 200 zu bestimmen. Wenn also eine Ladung auf Mittwoch den 18. Dezember lautet, so muß zwischen der Ladung und diesem Termine die Zeit vom Dienstag den 10. bis Dienstag den 17. Dezember liegen.[6])

§ 195.

Zu Terminen, welche in verkündeten Entscheidungen bestimmt sind, ist eine Ladung der Parteien nicht erforderlich.

„Entscheidungen“. Der § 195 ist konform dem § 215 des nordd. Entwurfs. Dieser von der Redaktionskommission entworfen lautete ursprünglich: Zu Terminen, welche in verkündeten Beschlüssen und Verfügungen bestimmt sind, u. s. w. Später faßte die Redaktionskommission folgenden Beschluß: Mit Rücksicht auf die technische Bedeutung des Ausdrucks „Entscheidungen“ soll die Definition dieses Begriffs in die Ueberschrift des Titels verlegt werden, so daß derselbe lautet: „Von den Urtheilen, Beschlüssen und Verfügungen (Entscheidungen)“. In den §§ (hierunter § 215) soll demzufolge statt der Auflösung des qu. Begriffs in „Urtheile,

---

[5]) Für weite Entfernung oder für Parteien im Auslande.

[6]) Vergl. zu § 200 a. E.

Beschlüsse und Verfügungen" der einfache Ausdruck „Entscheidungen" gebraucht werden.[1]) Hiernach kann über diesen Ausdruck kein Zweifel bestehen. Abgesehen hievon hat die Civilprozeßordnung durch § 146 Nr. 5 die gleiche Erläuterung getroffen.

„ist eine Ladung nicht erforderlich". Die Motive sagen hiezu: Die Verkündung des Termins in der mündlichen Verhandlung ersetzt die Ladung, ohne Rücksicht darauf, ob bei der Verkündnng die eine oder die andere Partei oder ob beide abwesend waren (§§ 283, 294 Abs. 2). Hievon mußte aus naheliegenden Gründen in den Fällen der §§ 300 Abs. 1, 302, 316 Abs. 1, 578 Abs. 2, 611 abgewichen werden. Trotz der Verkündung der Terminsbestimmung hat in diesen Fällen die erschienene Partei die nicht erschienene Gegenpartei zu dem neuen Termine zu laden.

§ 196.

Die Termine werden an der Gerichtsstelle abgehalten, sofern nicht die Einnahme eines Augenscheins an Ort und Stelle, die Verhandlung mit einer am Erscheinen vor Gericht verhinderten Person oder eine sonstige Handlung erforderlich ist, welche an der Gerichtsstelle nicht vorgenommen werden kann.

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie die Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern sind nicht verpflichtet, persönlich an der Gerichtsstelle zu erscheinen.

„die Verhandlung". Darunter kann die mündliche Verhandlung (§§ 119, 127, 246) nicht verstanden werden. Das Gesetz sagt nicht die Verhandlung mit Parteien, von denen die eine am Erscheinen verhindert ist, sondern spricht von der Verhandlung mit einer Person, also von deren Vernehmung u. dgl. Ist eine der Parteien verhindert, zur mündlichen Verhandlung zu erscheinen, so wird sie, wenn sie gesetzlich geladen, kein Versäumungsurtheil gegen sich ergehen lassen will und eine Terminsverlegung unstatthaft erscheint, sich vertreten lassen müssen.

---

[1]) Prot. z. nordd. E. S. 850, 805, 2355 Nr. 115. Deshalb sagen auch die Motive erläuternd, zu Terminen, welche in verkündeten Entscheidungen (Urtheilen, Beschlüssen, Verfügungen) bestimmt sind u. s. w.

„am Erscheinen vor Gericht verhinderten Person". Der norddeutsche Entwurf enthält in § 216 dafür die Worte „welche durch Krankheit oder Gebrechlichkeit verhindert ist, an der Gerichtsstelle zu erscheinen". Man hob jedoch schon bei Berathung der Vorlage der Referenten, welche den Zusatz „oder eine sonstige Handlung" u. s. w. nicht enthielt, hervor, daß es außer der Ortsbesichtigung noch andere Okularinspektionen gebe, ferner die Einsicht von Hypothekenbüchern, welche partikularrechtlich nicht vom Aufbewahrungsorte entfernt werden dürften, die Instruktion von Zeugen an Ort und Stelle, z. B. bei Grenzstreitigkeiten, Alles Fälle, in welchen gleichermaßen die Abhaltung des Termins an Gerichtsstellen unthunlich sei. Sodann sei auch die persönliche Befragung einer am Erscheinen verhinderten Partei[1]) und die Eidesleistung einer solchen zu berücksichtigen und man überließ die Festsetzung dem Redaktionsausschusse. Der Abs. 1 erhielt hierauf den erweiternden Zusatz.[2])

„oder eine sonstige Handlung". Aus dem Bemerkten ergibt sich, was hierunter zu verstehen ist. Die Regel soll aber immer die Abhaltung der Termine an Gerichtsstellen bilden und nur bei sachlicher oder persönlicher Nothwendigkeit Ausnahmen zugelassen werden.[3])

§ 197.

Der Termin beginnt mit dem Aufrufe der Sache.

Der Termin ist von einer Partei versäumt, wenn sie bis zum Schlusse desselben nicht verhandelt.

„mit dem Aufrufe der Sache". Vergl. hiezu S. 513 und die Bemerkungen zu § 193.

Es unterliegt keinem Bedenken, daß, wenn beide Parteien anwesend sind, mit ihrer Einwilligung der Aufruf vor der für denselben festgesetzten Stunde (wenn überhaupt eine solche bestimmt wurde) sowie auch später erfolgen darf, dagegen ist es zweifelhaft, ob der Vorsitzende eine aufgerufene Sache zurückstellen und eine

---

[1]) Vergl. hiezu S. 525—526.

[2]) Prot. z. nordd. E. S. 662—663, 1275.

[3]) Prot. z. nordd. E. S. 662.

nach dieser aufgerufene früher verhandeln kann.[1]) Nach der Praxis in Bayern wird dies gestattet, namentlich wenn ein Anwalt verhandeln soll, der gerade noch in einem andern Senate beschäftigt ist. Dagegen läßt sich nicht bemerken, daß der Termin mit dem Aufrufe schon begonnen hat, denn es soll nur eine Fortsetzung, keine Verlegung desselben stattfinden[2]) und § 206 handelt von der Vertagung des Termins von „amtswegen". Die Civilprozeßordnung hat die in Anm. 1 angeführten Stellen des norddeutschen und hannover'schen Entwurfs wohl absichtlich nicht aufgenommen, da nach Aufruf in öffentlicher Sitzung die Verlegung der Verhandlung auf eine spätere Zeit nur durch Gerichtsbeschluß erfolgen kann.[3]) Mit dem Aufrufe der Sache, mögen nun die einzelnen Verhandlungen alle auf die Anfangsstunde der Gerichtszeit oder auf verschiedene Stunden derselben fixirt sein,[4]) tritt der Zeitpunkt ein, in welchem bei dem Nichterscheinen der einen Partei ein Versäumungsurtheil erlassen werden kann,[5]) während durch Erscheinen der ausgebliebenen Partei im Laufe der Verhandlung dieser Zeitpunkt wieder aufgehoben wird. Die Motive bemerken hiezu: Das Versäumniß eines Termins tritt erst mit dem Schlusse der Verhandlung (§ 127 Abs. 4) ein. Zwar ist nicht zu verkennen, daß die Zulassung der Partei, welche beim Aufrufe der Sache fehlt und erst im Laufe des Termins auftritt, Störungen des Geschäftsbetriebs und resultatlose Verhandlungen herbeiführen kann; gleichwohl ist das strengere Prinzip, nach welchem die Versäumung bereits mit dem Beginne des Termins eintritt, weder mit den sonstigen Grundsätzen des Entwurfs über die totale Versäumung deren Akkusation und Deklaration vereinbar, noch an sich zu billigen, weil dieselbe Härten herbeizuführen geeignet ist

---

[1]) Wie dies in § 220 des nordd. Entw. und § 180 Abs. 3 des hann. Entw. bestimmt ist.

[2]) Vergl. die Bemerk. zu §§ 205, 206 und S. 429.

[3]) Vergl. die Bemerkungen zu § 206 unter „von Amtswegen".

[4]) Vergl. S. 632 unter „der Terminsbestimmung".

[5]) Die Ansicht, daß der Ablauf einer Stunde zugewartet werden müsse, fand schon bei Berathung des nordd. Entw. keinen Beifall. Prot. z. nordd. E. S. 385. Ebenso Prot. z. hann. E. S. 319.

und andererseits das ergehende Versäumungsurtheil regelmäßig mittels Einspruchs wieder beseitigt werden kann, so daß unnöthige Aufwendungen von Zeit und Kosten veranlaßt werden würden.[6]) Wie aus Abs. 2 hervorgeht, bezieht sich der § nur auf die mündliche Verhandlung. Bei Terminen zur Beweisaufnahme u. dgl. vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgt kein Aufruf der Sache, da hat keine Partei zu verhandeln, auch wenn sie gegenwärtig sein kann, Fragen stellen darf u. s. w.

Demnach ist festzustellen:

1) Ist bei dem rechtzeitigen Aufrufe der Sache keine der Parteien erschienen, so ruht das Verfahren, und keine der später erschienenen Parteien kann einen Kontumazialantrag stellen (§ 228).

2) Erscheint eine der Parteien und sie hat nach rechtzeitigem Aufruf ihren Antrag gestellt und ihren Vortrag erstattet und der Vorsitzende die Verhandlung geschlossen, so hindert das hierauf erfolgende Erscheinen der Gegenpartei die Erlassung eines Versäumungsurtheils nicht.

3) Erscheint nach rechtzeitigem Aufruf die eine Partei erst während der Verhandlung und vor Schluß derselben, so ist sie als rechtzeitig erschienen zu betrachten und alle schon gestellten Kontumazialanträge sind unwirksam. Die Verhandlung beginnt von Neuem, als wenn noch gar nicht verhandelt wäre.[7])

4) Erscheinen beide Parteien erst nach rechtzeitigem Aufrufe der Sache, so gelten sie als nicht erschienen, und eine Verhandlung kann, wenn das Gericht eine solche nachträglich noch zulassen will,[8]) nur mit Uebereinstimmung der beiden Parteien stattfinden.[9])

§ 198.

Der Lauf einer richterlichen Frist beginnt, sofern nicht bei Festsetzung derselben ein Anderes bestimmt wird, mit der Zustellung

[6]) Bes. Begr. d. E. zu § 190.

[7]) Vergl. hiezu die Bemerk. zu § 335 Abs. 1.

[8]) Was allerdings, wenn der Termin auf einen ordentlichen Gerichtstag eines Amtsgerichtes fällt, zugelassen werden muß; § 461.

[9]) Also nicht, wenn eine Partei keine Zeit hat, sich länger aufzuhalten u. dgl.

des Schriftstücks, in welchem die Frist festgesetzt ist, und, wenn es einer solchen Zustellung nicht bedarf, mit der Verkündung der Frist.

Der Lauf einer gesetzlichen oder richterlichen Frist, deren Beginn von einer Zustellung abhängig ist, beginnt mit dieser auch gegen diejenige Partei, welche die Zustellung hat bewirken lassen.

„Der Lauf einer richterlichen Frist". Hier sind die Bemerkungen zu § 194 unter 5 zu vergleichen.

„sofern nicht bei Festsetzung derselben ein Anderes bestimmt wird". Dieser Passus wurde schon bei Berathung des hannoverschen Entwurfs eingeschaltet. Es wurde hiebei bemerkt, daß es vorkommen könne, daß das Gericht im einzelnen Falle den Beginn des Laufs einer von ihm bestimmten Frist von einem andern Ereignisse als der Behändigung des Schriftsatzes abhängig mache. Es könne dies insbesondere bei Fristerstreckungen geschehen.[1]) Die Worte können sich also nur auf richterliche Fristen beziehen, z. B. im Falle des § 105, nicht auf gesetzliche, deren Beginn sich an ein prozessualisches Ereigniß knüpft.[2])

„des Schriftstücks". Die Motive sagen: „des Schriftstücks (Parteischriftsatzes oder richterlicher nicht verkündeter Beschlüsse und Verfügungen), in welchem die Frist festgesetzt ist, oder wenn es einer solchen Zustellung nicht bedarf (§ 294) mit der Verkündung der Frist."[3]) Die letztgedachte Vorschrift empfiehlt sich, weil die Zustellung der Urtheile, der verkündeten Beschlüsse und Verfügungen in der Hand der Parteien liegt, der Richter daher bei seinen Fristbestimmungen keinen Anhalt für sein Ermessen finden würde, wenn die angeordnete Frist erst von der Zustellung seiner Entscheidung ab liefe. Anders verhält es sich mit nicht verkündeten Beschlüssen und Verfügungen, da sie von Amtswegen insinuirt werden (§ 294). Die verkündete Frist läuft auch gegen die bei der Verkündung nicht anwesende Partei.[4])

[1]) Prot. z. hann. E. S. 5129.

[2]) Vergl. die Bemerk. zu § 194.

[3]) Aber nur mit der Ausnahme des § 199.

[4]) Bes. Begr. d. E. zu § 191.

„wenn es einer solchen Zustellung nicht bedarf". Dahin gehören z. B. Beweisbeschlüsse.[5])

„Der Lauf einer gesetzlichen oder richterlichen Frist". Bei Berathung des § in der Justizkommission fragte Struckmann, ob Einladungs- und Ladungsfristen als richterliche oder gesetzliche Fristen aufzufassen seien, die Motive führten sie als richterliche auf, er halte sie für gesetzliche Fristen. Der Vertreter des Bundesraths v. Amsberg erwiderte, die Aeußerung der Motive sei dogmatischer Natur. Die Sache sei zweifelhaft; der Begriff „richterliche" und „gesetzliche" Frist stehe nicht fest und werde sehr verschieden aufgefaßt. Es solle der Doktrin überlassen bleiben, ob die Einlassungs- und Ladungsfristen unter die richterlichen oder gesetzlichen Fristen zu subsumiren seien.[6]) Für die Praxis ist die Entscheidung ohne Bedeutung, denn beide Arten von Fristen können mit der selbstverständlichen Ausnahme des § 202 Abs. 1 verkürzt[7]) und verlängert werden; bei der Verlängerung dieser Minimalfristen hat der Richter ohnedies freien Spielraum.

„auch gegen diejenige Partei". Ist der Beginn einer Frist — gesetzlichen oder richterlichen — an eine Zustellung geknüpft (wie beispielsweise die Einspruchs-, Berufungs- oder Revisionsfrist), so soll mit dieser der Fristenlauf nicht nur wider den Requisiten, sondern auch wider den betreibenden Theil, der die Zustellung hat bewirken lassen, beginnen. Diese Bestimmung vermeidet den Uebelstand, daß für jede Partei, je nach dem Zeitpunkte der an sie geschehenen Zustellung der Fristenbeginn und Lauf ein verschiedener ist und macht gleichzeitig mehrfache und gegenseitige Zustellungen, wie deren Kosten wegfallen.[8])

Wenn also die eine Partei ein Urtheil zustellen läßt, so läuft nicht nur der Gegenpartei, sondern ihr selbst auch von dem Zeitpunkte der Zustellung an die Berufungsfrist.

---

[5]) Prot. z. nordd. E. S. 666.

[6]) Prot. der J.K. S. 75.

[7]) Einlassungs- und Ladungsfristen nach § 204. Vergl. übrigens Anmerkung 3 zu § 204.

[8]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

§ 199.

Bei der Berechnung einer Frist, welche nach Tagen bestimmt ist, wird der Tag nicht mitgerechnet, auf welchen der Zeitpunkt oder das Ereigniß fällt, nach welchem der Anfang der Frist sich richten soll.

Die Motive bemerken hiezu: Die §§ 199, 200 regeln die Berechnung der Fristen und sind den Art. 328, 329, 330 des deutschen Handelsgesetzbuchs, den Art. 32 und 92 der deutschen Wechselordnung und den Vorschriften der P.O. von Hannover (§ 146), Württemberg (Art. 261 ff.) im Wesentlichen entsprechend. Daß unter einer auf „acht" oder „vierzehn Tagen" bestimmten Frist volle acht oder vierzehn Tage ausschließlich des in § 199 gedachten Tages zu verstehen sind (deutsches H.G.B. Art. 328 Nr. 1), sowie, daß eine nach Tagen bestimmte Frist mit Ablauf des letzten Tages der Frist endigt, bedurfte keiner besonderen Hervorhebung.[1]) Gegen die Bemerkung der Motive läßt sich zwar erinnern, daß unter „acht oder vierzehn" Tagen in der Regel nur der gleiche Tag der folgenden und nächstfolgenden Woche verstanden wird, auch die erläuternde Bestimmung des § 328 Nr. 1 des A.D.H.G. in unserem § 199 fehlt, aber sie ist korrekt[2]) nach dem Wortlaut des §, der die Zahl der Tage, sieben, acht oder vierzehn, nicht berücksichtigt.[3])

„der Zeitpunkt oder das Ereigniß". Hierin liegt kein Pleonasmus, die Unterscheidung rechtfertigt je nach der Verschiedenheit der hier in Betracht kommende Gesichtspunkt.[4])

„der Anfang der Frist sich zu richten hat". Also ist, wie in der Vorlage des Referenten zum hannover'schen Entwurf

---

[1]) Ueber den Fristenlauf gegenüber Streitgenossen sind die Bemerkungen zu §§ 58, 59 zu vergleichen.

[2]) A. M. Siebenhaar, Comm. z. C.P.O. zu § 199.

[3]) Verschieden von „in 8, 14 Tagen" ist aber der Ausdruck „heute über 8, 14 Tagen", dessen Auslegung man bei Berathung des norddeutschen Entwurfs der Praxis überließ. Prot. z. nordd. E. S. 386. Der Ausdruck ist bei Fristbestimmungen zu vermeiden.

[4]) Prot. z. hann. E. S. 5941.

§ 61 bestimmt war,[5]) der auf eine Zustellung oder Verkündung folgende Tag der erste einer nach Tagen bestimmten Frist.

Bei nach Stunden bestimmten Fristen (§§ 194, 234, 459, 567 Abs. 2) ist von Stunde zu Stunde zu rechnen, § 199 scheidet da aus.

Eine nach Tagen bestimmte Frist endigt erst am letzten Tage Nachts 12 Uhr. Schon die vorstehend angeführten Motive sprechen vom Ablauf des letzten Tages, ebenso § 200. Bei Berathung des gleichen § 183 des hannover'schen Entwurfs wurde der Zusatz „der letzte Tag einer Frist läuft 6 Uhr Abends ab", als dem gewöhnlichen Schlusse der Geschäftszeit, abgelehnt und darauf hingewiesen, daß, nachdem die Zustellungen nicht auf eine bestimmte Zeit beschränkt seien,[6]) man in Konsequenz hiezu die Zustellung zur Wahrung der Frist bis 12 Uhr Nachts zulassen müsse.[7]) § 200 Abs. 2 trifft auch den § 199.[8])

§ 200.

Eine Frist, welche nach Wochen oder Monaten bestimmt ist, endigt mit Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage entspricht, an welchem die Frist begonnen hat; fehlt dieser Tag in dem letzten Monate, so endigt die Frist mit Ablauf des letzten Tages dieses Monats.

Fällt das Ende einer Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so endigt die Frist mit Ablauf des nächstfolgenden Werktages.

„nach Wochen oder Monaten". Der hannover'sche Entwurf § 184 hat noch die Einschaltung „oder Jahren",[1]) der norddeutsche Entwurf § 225 „oder einem mehrere Monate umfassenden

---

[5]) Prot. z. hann. E. S. 305. Vergl. auch S. 5940—5941.

[6]) Vergl. die Bemerkungen zu § 171.

[7]) Prot. z. hann. E. S. 324—325.

[8]) S. Bemerk. zu § 200.

[1]) Ueber Jahresfristen finden sich Bestimmungen in den §§ 212 Abs. 3, 549 Abs. 2, 835 Abs. 2, 869.

Zeitraum“ (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr).[2]) Man hat solche wohl als selbstverständlich weggelassen.

„desjenigen Tags der letzten Woche“. Wenn also eine Frist am Mittwoch den 1. Januar 1879 begonnen hat, endigt sie am Mittwoch den 8., eine zweiwöchige am Mittwoch den 15. u. s. w.

„fehlt dieser Tag in dem letzten Monate“. Eine am 29. Februar endigende Frist endigt an diesem Tage in einem Schaltjahre, außerdem schon am 28. Februar.

„Fällt das Ende der Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag“.[3]) Der § spricht vom Ende der Frist, nicht vom Anfange, der allerdings auf einen Sonn- oder allgemeinen Feiertag fallen kann (§§ 171 Abs. 3, 193 Abs. 3). Für den Anfang der Fristen des § 200 sind die Bestimmungen des § 199 nicht maßgebend; diese betreffen nur nach Tagen berechnete Fristen.

„mit Ablauf des nächstfolgenden Werktags“. Wenn in § 200 von dem Ende eines Tages die Rede ist, so wird hierunter die Zeit bis Nachts 12 Uhr verstanden.[4]) Der Absatz 2 ist auch für § 199 bestimmend. Der gleiche § 184 des hannoverschen Entwurfs hat deutlicher im letzten Absatz statt „der Frist“ angeführt „einer Frist“, ebenso der § 225 Absatz 3 des norddeutschen Entwurfs.

§ 200 besteht auch für Ladungsfristen im Anwaltsprozesse (§ 194) und für andere Zwischenfristen.

§ 201.

Der Lauf einer Frist wird durch die Gerichtsferien gehemmt. Der noch übrige Theil einer Frist beginnt mit dem Ende der Ferien zu laufen. Fällt der Anfang der Frist in die Ferien, so beginnt der Lauf der Frist mit dem Ende derselben.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf Nothfristen und Fristen in Feriensachen keine Anwendung.

---

[2]) Entsprechend dem A.D.H.G. Art. 328 Nr. 2.

[3]) Vergl. S. 598—599.

[4]) Vergl. die Bemerk. zu § 199.

Nothfristen sind nur diejenigen Fristen, welche in diesem Gesetz als solche bezeichnet werden.

„Der Lauf einer Frist", aber jeder Frist[1]) mit Ausnahme der Bestimmung in Absatz 2, auch der in § 632 erwähnten Frist (G.V.G. § 204). Die Motive bemerken dazu: Der § 201 ordnet den Einfluß der Gerichtsferien auf Beginn und Lauf gesetzlicher und richterlicher Fristen.

„durch die Gerichtsferien". § 201 des G.V.G. bestimmt:

Die Gerichtsferien beginnen am 15. Juli und endigen am 15. September.

Das ist am 15. September Nachts 12 Uhr. Mit diesem Moment beginnt die Frist wieder zu laufen. Mit Recht sagen die Motive: Die Civilprozeßordnung läßt den Lauf einer Frist weder in den Ferien beginnen noch die Frist mit den Ferien ablaufen, vielmehr beginnt der Lauf einer Frist, deren Anfang in die Ferien fällt, mit dem ersten Tage nach den Ferien.

„Fällt der Anfang der Frist". Der Anfang der Frist ist aber der Zeitpunkt, mit dem sie zu laufen beginnt. Die in Abs. 1 Satz 2 liegende Undeutlichkeit wird schon durch die vorstehende Bemerkung in den Motiven korrigirt. Es soll nur gesagt werden, daß bei einer während der Ferien erfolgten Zustellung u. s. w., wenn hievon der Fristenlauf abhängt, solche erst mit dem Ende der Ferien beginnt. Dabei ist es aber ohne Einfluß, ob der erste Tag nach den Ferien ein Sonn- oder ein Feiertag ist.[2]) Wenn im Falle des § 199 eine Zustellung am 14. Juli erfolgte, so beginnt der Lauf einer in Folge dieser Zustellung eintretenden Frist immer am 16. September. Eine einmonatliche Frist endet dann am 15. Oktober, eine Frist von 14 Tagen am 29. September (von Sonn- und Feiertagen abgesehen).

„finden auf Nothfristen". Was Nothfristen sind, bestimmt Absatz 3.[3]) Es ist zu bemerken, daß die Civilprozeßordnung nicht

---

[1]) Auch der in § 212 angeführten.

[2]) A. M. Puchelt, C.P.O. S. 4[illegible]3 Nr. 4 auf Grund der §§ 199, 200. Ein Sonn- oder Feiertag ist aber doch nur von Einfluß auf das Ende einer Frist.

[3]) Vergl. § 194 unter 4.

alle Fristen zur Erhebung von Rechtsmitteln zu den Nothfristen rechnet, z. B. § 530.

„Fristen in Feriensachen". Hier bestimmt § 202 Absatz 2 des G.V.G.[4]) soweit hieher gehörig:

Feriensachen sind:

2. Arrestsachen und die eine einstweilige Verfügung betreffenden Sachen;[5])

3. Meß- und Marktsachen;[6])

Muß Absatz 2 des § auch dann Anwendung finden, wenn zwar aus einer Meß- oder Marktsache, aber nicht bei dem Forum nach § 30, sondern einem andern zuständigen Gerichtsstande geklagt wird oder hört da die Meß- und Marktsache auf, eine Feriensache zu sein?

Die erste Alternative wird zu bejahen sein. Das Gesetz enthält nirgends Etwas von einer Beschränkung für den Fall, daß eine Meß- oder Marktsache bei dem Domizilsgerichte oder einem andern zuständigen Gerichte eingeklagt wird, das Privilegium des § 202 tritt auch hier ein, da doch auch die in den §§ 194, 234, 459 aufgeführten Platz greifen. Auch bezüglich dieser können Fälle vorkommen, in denen selbst bei der Einklagung vor dem Meßgerichte besondere Fristabkürzungen u. s. w. nicht indicirt sind, wenn z. B. erst nach längerer Zeit geklagt wird, und doch bleiben sie (bei Einklagung vor dem Meßgerichte) unstreitig Feriensachen.

4. Streitigkeiten zwischen Miethern und Vermiethern von Wohnungs- und andern Räumen wegen Ueberlassung, Benutzung und Räumung derselben, sowie wegen Zurückhaltung der vom Miether in die Miethsräume eingebrachten Sachen;[7])

5. Wechselsachen;[8])

6. Bausachen, wenn über Fortsetzung eines angefangenen Baues gestritten wird.

[4]) Abs. 1 siehe § 191 Anm. 1.

[5]) Vergl. hiezu achtes Buch fünfter Abschnitt.

[6]) § 30 und Bemerkungen dazu.

[7]) S. 14—18.

[8]) §§ 565—567.

Das Gericht kann auf Antrag auch andere Sachen, soweit sie besonderer Beschleunigung bedürfen, als Feriensachen bezeichnen. Die gleiche Befugniß hat vorbehaltlich der Entscheidungen des Gerichts der Vorsitzende.

Der Vorsitzende braucht also die Sache nicht als Feriensache zu bezeichnen, sondern kann die Entscheidung dem Gerichte überlassen, und dieses beschließt ohne Verhandlung. Gegen den Beschluß, der eine Sache als Feriensache erklärt, giebt es kein Rechtsmittel, aber gegen den Beschluß auf Verwerfung des auf solche Erklärung gerichteten Antrags findet Beschwerde statt (§ 530).

Auch für die durch Beschluß des Gerichts erklärten Feriensachen muß Absatz 2 des § anwendbar sein und dieser Beschluß auch die höheren Instanzen binden. Tritt ein solcher Beschluß während des Laufs der Gerichtsferien ein, so beginnt jede bis dahin unterbrochene Frist mit diesem Beschlusse wieder zu laufen.

§ 202.

Durch Vereinbarung der Parteien können Fristen, mit Ausnahme der Nothfristen, verlängert oder abgekürzt werden.

Auf Antrag können richterliche und gesetzliche Fristen abgekürzt oder verlängert werden, wenn erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind, gesetzliche Fristen jedoch nur in den besonders bestimmten Fällen.

Im Falle der Verlängerung wird die neue Frist von dem Ablaufe der vorigen Frist an berechnet, wenn nicht im einzelnen Falle ein Anderes bestimmt ist.

„Durch Vereinbarung der Parteien". An die Stelle der Parteien tritt hier im Anwaltsprozesse der mit Prozeßvollmacht versehene Anwalt (§§ 77—79).

Die Motive bemerken: „Eine generelle Beschränkung der Parteiwillkür in Betreff der Erweiterung oder Verkürzung von Prozeßfristen und der Aufhebung von Terminen wäre weder durch Rücksichten des Bedürfnisses noch der Zweckmäßigkeit motivirt. Im Grundsatze geben daher die §§ 202 und 205 der Vereinbarung der Parteien vollen Spielraum (vergl. auch § 228)."

Die Vereinbarung kann sich aber wiederholen und die Verlängerung öfter stattfinden.

Auch hier entscheidet über die Formalien des Vertrags (der Vereinbarung) das bürgerliche Recht und wo dieses hier Schriftlichkeit verlangt, ist eine stillschweigende Vereinbarung ausgeschlossen.[1])

„können Fristen — verlängert oder abgekürzt werden" ohne Unterscheidung, ob dies gesetzliche oder richterliche Fristen sind, nur die Nothfristen sind nach § 202 ausgenommen.

In dieser Allgemeinheit ist § 202 Absatz 1 nicht richtig. Auch die Frist zum Antrage auf Wiedereinsetzung (§ 212) ist keine Nothfrist, aber die Vereinbarung auf Verlängerung ausgeschlossen. Die Motive korrigiren den Mangel im Texte, indem sie sagen: Den Nothfristen steht in dieser Richtung (daß die Nothfristen konventioneller Erstreckung nicht unterworfen sind) gleich die Frist zur Beantragung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Nothfristen (§ 212). Bei Berathung des § in der Justizkommission wurde der Antrag gestellt, auch Verlängerung für die Nothfristen zuzulassen, aber abgelehnt.[2]) Der Lauf derselben hängt ohnedies von den Parteien ab, wenn derselbe durch eine Zustellung bedingt ist, also durch Liegenlassen der Zustellung der Beginn der Nothfrist hinausgeschoben werden kann.

„Auf Antrag". Der Antrag kann dieselben Folgen haben, wie die Vereinbarung, für ihn sind aber engere Schranken gezogen als für letztere. Während durch Vereinbarung alle Fristen, mit Ausnahme der Nothfristen, welche in dem Gesetze als solche bezeichnet sind und der Ausnahme im § 212[3]) verlängert oder verkürzt werden können, kann eine Frist auf Antrag nur abgekürzt oder verlängert werden:

„wenn erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind." Ob ein Grund erheblich ist, liegt in dem Ermessen des Gerichts. Ueber

---

[1]) Vergl. hiezu S. 238 unter „ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung".

[2]) Prot. d. J.K. S. 534.

[3]) Vergl. hiezu § 213 unter „innerhalb einer einmonatlichen Frist".

Glaubhaftmachung ist § 266 zu vergleichen. Aber auch unter diesen Voraussetzungen ist der Antrag auf Abkürzung oder Verlängerung von gesetzlichen Fristen nur in den besonders bestimmten Fällen zulässig. Die Motive unterscheiden zwischen Nothfristen, dann richterlichen und gesetzlichen, rechnen zu diesen aber die Nothfristen. Gleichwohl kann eine Abkürzung oder Verlängerung der Nothfristen durch das Gericht nicht erfolgen, weil das Gesetz in keinem bestimmten Fall dies zulässig erklärt.[4])

„Im Falle der Verlängerung". Auf welche Zeit sich die Verlängerung erstrecken soll, hängt vom Parteiantrage und dem richterlichen Ermessen ab. Sollte eine neue Frist ohne bestimmte Dauer gewährt worden sein, so gilt die Dauer der vorigen Frist auch für die neue.

§ 203.

Ueber das Gesuch um Abkürzung oder Verlängerung einer Frist kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden.

Die Abkürzung oder wiederholte Verlängerung darf nur nach vorgängigem Gehör des Gegners bewilligt werden.

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen das Gesuch um Verlängerung einer Frist zurückgewiesen ist, findet nicht statt.

„Ueber das Gesuch um Abkürzung oder Verlängerung". Abs. 1 und Abs. 2 stehen nicht im Widerspruche; bei verlangter Abkürzung oder wiederholter Verlängerung ist der Gegner immer zu hören, nur eine mündliche Verhandlung ist nicht nothwendig, er kann sich schriftlich äußern. Zu dieser Erklärung muß ihm aber das Gesuch mitgetheilt werden, worauf über das Gesuch mit Rücksicht auf die eingekommene Erklärung in nicht öffentlicher Sitzung zu berathen[1]) und der Beschluß durch die betreibende

---

[4]) Auch § 304 Abs. 2 macht keine Ausnahme, hier bestimmt das Gericht ganz unabhängig von Abs. 1 eine Frist, die einmal so bestimmte Frist kann es weder verlängern noch abkürzen. Die gleichen Bestimmungen in § 234 Abs. 2, 459 Abs. 2 betreffen keine Nothfrist.

[1]) Prot. z. nordd. E. S. 390.

Partei dem Gegner zuzustellen ist (§ 294 Abs. 2). Unterläßt er eine Erklärung, so muß er gewärtigen, welche Konsequenzen hier aus seinem Nichterklären zu ziehen sind.[2])

„Die Abkürzung oder wiederholte Verlängerung". Damit ist bestimmt, daß die erste Verlängerung einer Frist ohne Gehör des Gegners bewilligt werden kann und daß der Gegner überhaupt nicht gehört werden muß, wenn das Gericht das Gesuch um Abkürzung oder wiederholte Verlängerung abweist.

Absatz 2 steht in Zusammenhang mit Absatz 1, der ein Gesuch voraussetzt. Hieraus folgt, daß der § den Fall einer vorher durch Vereinbarung verlängerten Frist ausschließt.

„Eine Anfechtung des Beschlusses". Ohne die Bestimmung des Abs. 3 war eine Beschwerde (§ 530) zulässig. Aber nur bei Abweisung des Gesuchs um Verlängerung ist eine Anfechtung ausgeschlossen, also per arg. a contr. nicht bei Bewilligung oder Abweisung des Gesuchs um Abkürzung einer Frist, und Bewilligung des Gesuchs um Verlängerung einer Frist.

Gegen die Abweisung eines Gesuchs um Abkürzung einer Frist ist die Beschwerde zulässig (§ 530), die Bewilligung der Abkürzung oder Verlängerung einer Frist kann nur mit der Berufung gegen das Endurtheil angefochten werden (§ 473), die Abweisung des Gesuchs um Verlängerung einer Frist aber überhaupt nicht.

§ 204.

Einlassungsfristen, Ladungsfristen sowie diejenigen Fristen, welche für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze bestimmt sind, können auf Antrag abgekürzt werden.

Die Abkürzung der Einlassungs- und der Ladungsfristen wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß in Folge der Abkürzung

---

[2]) Um Verzögerung zu vermeiden, ist vorzuziehen, mündliche Verhandlung anzuberaumen, wenn nicht für das Unterlassen einer Erklärung ein Präjudiz gestellt wird. Es wird sich am Ende auch rechtfertigen lassen, dem Gegentheile eine Frist vorzustrecken unter dem Präjudize der Zustimmung, die Präklusion mit Erinnerungen tritt ipso jure ein, § 209, und ist dann in nicht öffentlicher Sitzung hierüber zu beschließen.

die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze nicht vorbereitet werden kann.

Der Vorsitzende kann bei Bestimmung des Termins die Abkürzung ohne vorgängiges Gehör des Gegners und des sonst Betheiligten verfügen; diese Verfügung ist dem Betheiligten abschriftlich mitzutheilen.

„Einlassungsfristen u. s. w." Die Motive bemerken hiezu: Durch die Vorschriften des § wird dem Verfahren eine solche Elastizität gegeben, daß der Entwurf von der Aufstellung eines beschleunigten (summarischen) Verfahrens für bestimmte Kategorien von Sachen absehen und sich selbst für die summarische Prozedur im Urkunden- und Wechselprozesse auf die Anordnung einer kürzern Einlassungsfrist für den Wechselprozeß (§ 567 Abs. 2) beschränken konnte.[1])

„so wie diejenigen Fristen." Der § 204 bezieht sich nur auf die gleichzeitig mit der Terminsanberaumung stattfindende Abkürzung der Fristen, nach Anberaumung des Termins hat die Abkürzung der Fristen nach Maßgabe der §§ 202, 203 zu erfolgen.[2])

„auf Antrag." Selbstverständlich kann aber nicht blos ein Antrag genügen, wie der Wortlaut des Abs. 1 glauben lassen könnte, sondern der Antrag muß motivirt sein. Mehr aber kann nicht verlangt werden; ob die Gründe, für die ein Glaubhaftmachen nicht gefordert wird,[3]) zureichend sind, ist dem Ermessen des Vorsitzenden bezw. des Gerichts überlassen. Der Antrag kann mit der Klagschrift verbunden werden.

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 197.

[2]) Prot. z. nordd. E. S. 389.

[3]) Bei Berathung des nordd. Entwurfs war man einig, daß in allen Fällen dem Ermessen des Gerichts überlassen bleibe, ob es eine Bescheinigung der vorgebrachten Gründe verlangen wolle. Prot. z. nordd. E. S. 390. Bezieht sich Abs. 2 des § 202 hieher? Wenn die betreffenden Fristen als gesetzliche erscheinen (S. 643), ist in § 202 natürlich die Regel zu suchen, im andern Falle, wofür die besondere Erwähnung in § 204 sich anführen läßt, müßte Abs. 2 des § 202 nicht herabgezogen werden, sondern kann richterliches Ermessen entscheiden.

„abgekürzt werden.“ Die Verlängerung der Fristen ist an eine Maximalgrenze nicht gebunden.

„Die Abkürzung der Einlassungs- und Ladungsfristen.“ Zur Beseitigung von Zweifeln — bemerken die Motive — ist im Absatz 2 ausgesprochen, daß die Abkürzung der Einlassungs- und Ladungsfristen nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß in Folge der Abkürzung die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze nicht vorbereitet werden kann.[4])

Gegenüber der Forderung nach beschleunigter Verhandlung und Entscheidung der Sache tritt die Forderung nach Vorbereitung der Verhandlung durch Schriftsätze zurück; die beantragte Abkürzung kann nicht deßhalb zurückgewiesen werden, weil die Vorbereitung durch Schriftsatz innerhalb des zwischen der Zustellung der Ladung und dem Termine liegenden Zeitraums unmöglich ist.

„Der Vorsitzende kann.“ Wird in einem Verhandlungstermine der Antrag auf Abkürzung einer Ladungsfrist gestellt, so entscheidet das Gericht.[5])

In Absatz 3 liegt eine Ausnahme von der Regel des § 203, daß die Abkürzung nur nach vorgängigem Gehör des Gegners erfolgen soll. Auch Absatz 3 setzt einen Antrag voraus. Selbstverständlich — sagen die Motive — steht aber Absatz 2 einer Vertagung der mündlichen Verhandlung nicht entgegen, wenn sich herausstellen sollte, daß die Einladungs- oder Ladungsfrist so kurz bemessen war, daß dem Geladenen nicht die zur Defension nothwendige Zeit geblieben ist[6]) und selbst bei dem Nichterscheinen des Beklagten kann das Gericht, wenn seiner Ansicht nach die vom Vorsitzenden bestimmte Einlassungs- oder Ladungsfrist zu kurz war, die Verhandlung über den Antrag auf Versäumnißurtheil vertagen (§ 302).

§ 205.

Die Parteien können die Aufhebung eines Termins vereinbaren.

---

[4]) Abs. 2 bezieht sich selbstverständlich nur auf den Anwaltsprozeß (§ 120).

[5]) Vergl. zu § 206 unter „von Amtswegen“.

[6]) Bes. Begr. d. E. zu § 197.

Wird die Verlegung eines Termins beantragt, so finden die Bestimmungen über Verlängerung einer Frist entsprechende Anwendung.

„Die Parteien können die Aufhebung eines Termines vereinbaren." Dr. Bähr beantragte in der Justizkommission hier den Zusatz: Sie gilt als vereinbart, wenn beide Theile im Termine nicht handeln, zog ihn aber, nachdem der Vertreter des Bundesraths ihn als überflüssig für Verhandlungs-[1]) und schädlich für andere Termine erklärt hatte, wieder zurück.[2]) Die Parteien können aber immer nur die Aussetzung oder Verlegung eines Termins vereinbaren. Die weiter in § 206 aufgeführte Vertagung einer Verhandlung und Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung einer solchen[3]) fallen fallen nicht unter § 205. Hat einmal eine Verhandlung begonnen, so kann von Aufhebung oder Verlegung eines Termins nicht mehr die Rede sein.[4]) Bei der Allgemeinheit des Abs. 1 fallen auch Termine zur Beweiserhebung darunter.[5])

Die Motive bemerken hiezu: Dabei ist selbstverständlich, daß (abgesehen von dem amtsrichterlichen Verfahren, vergl. § 461) die Parteien, wenn sie die Aufhebung eines Termines vereinbaren, nicht den Tag bestimmen können, auf welchen der Termin zu verlegen, daß vielmehr nur die vertragsmäßige Verschiebung eines Termins, vorbehaltlich der Festsetzung eines neuen, durch das Gericht bezw. den Vorsitzenden[6]) gestattet ist. (Hannov. Prot. I

---

[1]) Wie aus § 228 vergl. mit § 298 hervorgeht.

[2]) Prot. d. J.K. S. 75.

[3]) Vergl. über diese technischen Ausdrücke S. 429.

[4]) A. M. Seuffert, C.P.O. zu § 205 Nr. 1. Dagegen kann, wie aus dem „auch" des § 206 hervorgeht, ein Antrag auf Fortsetzung der Verhandlung von den Parteien gestellt werden, wenn auch eine Vereinbarung hierüber unzulässig ist.

[5]) Wernz in d. Ztschr. f. R. u. L.R. Bd. III S. 354. Hauser, ebendas. S. 395. Aber wenn die Parteien dem Gerichte oder Richter, der die Beweisaufnahme zu bethätigen hat, die Vereinbarung nicht rechtzeitig bekannt geben, wird diese vorgenommen.

[6]) Diese Einschaltung in den Motiven bezieht sich auf den Fall, daß die

S. 329).[7]) Im Anwaltsprozesse wird daher ein Anwalt eine vom Gegenanwalt mit unterzeichnete Erklärung über die Vereinbarung einzureichen haben, mit welcher nach § 193 zu verfahren ist.

„Die Bestimmungen über Verlängerung einer Frist". Der § stimmt in Abs. 2 mit Abs. 2 des § 232 des norddeutschen Entwurfs fast wörtlich überein.[8]) Nun wurde allerdings bei Berathung des letzteren beschlossen, daß über den Antrag auf Verlegung eines anberaumten Termins auf einen früheren Tag vom Gericht nur nach vorheriger Anhörung des Gegners beschlossen werden könne,[9]) aber da dieser Beschluß im Wortlaut des § keinen Ausdruck gefunden hat, können auch nur die Bestimmungen über Verlängerung einer Frist bei dem Antrag auf Anberaumung eines früheren Termins angewendet werden, d. h. der erste Antrag kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung und ohne Gehör des Gegners bewilligt werden (§ 203 Abs. 1 und 2).[10])

„entsprechende Anwendung". Deutlicher wäre im § ausgedrückt, welche Bestimmungen der vorhergehenden §§ entsprechend angewendet werden sollen, wie dies § 232 des norddeutschen Entwurfs gethan hat. Abs. 3 des § 202 kann natürlich keine entsprechende Anwendung finden.

§ 206.

Die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung und die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung kann auch von Amtswegen erfolgen.

Verlegung nicht in der öffentlichen Sitzung vor Beginn der Verhandlung beantragt wird. Vergl. zu § 206 unter „von Amtswegen".

[7]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 195, 196, 198 Abs. 1.

[8]) Der Unterschied besteht darin, daß es statt der „Bestimmungen über Verlängerung" dort heißt: Die Bestimmungen der §§ 229 Abs. 3 und 230, von welcher ersterer zur Abkürzung oder Verlängerung einer Frist Glaubhaftmachung verlangt, während letzterer genau unserem § 203 entspricht.

[9]) Prot. z. nordd. E. S. 390.

[10]) A. M. Struckmann u. Koch, C.P.O. zu § 205 Nr. 2 ohne Angabe von Gründen.

Wird ein Termin von Amtswegen anberaumt oder vertagt, ein ausgesetztes oder geschlossenes Verfahren[1]) von Amtswegen aufgenommen oder wieder eröffnet, ohne daß der Verhandlungstermin verkündet worden ist, so wird der letztere den Parteien mittels Zustellung des betreffenden Beschlusses oder der betreffenden Verfügung von Amtswegen bekannt gemacht (§ 294 Abs. 3). In den Beschluß oder die Verfügung muß das Formale der Ladung, die Aufforderung zum Erscheinen in dem Termine aufgenommen werden. Die Ladung erfolgt in diesem Falle nicht durch die Parteien, sondern von Amtswegen (arg. § 195 und vergl. §§ 336 Abs. 2, 695 Abs. 2, nordd. Entw. § 357). Unter der Voraussetzung, daß eine Verkündung der Terminsbestimmung nicht stattgefunden hat, zählen hieher z. B. die Fälle der §§ 317, 326, 331, 333, 335, 139, 140, 142.[2]) Die Ladung von Zeugen und Sachverständigen zur gerichtlichen Abhörung erfolgt nicht durch die Parteien, sondern von Amtswegen (§§ 342, 367).[3])

„von Amtswegen". Das ist nicht immer gleichbedeutend mit „durch den Vorsitzenden", wenn auch dieser immer den ersten Termin zu bestimmen hat (§ 193 Abs. 2).[4]) Was in einem Termine selbst beschlossen werden soll, hat das Gericht zu beschließen. Die Verlegung des Termins in öffentlicher Sitzung erfolgt durch Gerichtsbeschluß, wie aus § 245 Abs. 2 wohl deut-

---

[1]) Die Motive verstehen hier offenbar unter „Verfahren" eine „Verhandlung". Vergl. die Bemerk. zu § 139. Man spricht wohl von geschlossener Verhandlung, aber im Civilprozesse nicht von geschlossenem Verfahren. Auch das Hervorheben des „Verhandlungstermins" spricht für diese Interpretation, die dem Wortlaut des § 206 entspricht. Ueber Vertagung eines Termins u. s. w. vergl. die Bemerk. zu § 90.

[2]) §§ 223, 224 sind hierunter nicht aufgenommen. Vergl. Anm. 1 und die Bemerk. zu § 139.

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 184, 186 Nr. 4, 5.

[4]) Die Verlegung eines Termines durch den Vorsitzenden von Amtswegen ist blos eine prozeßleitende Verfügung und bei der Entscheidung über das dagegen ergriffene wenn auch unzulässige Rechtsmittel ist der Richter, wenn er inzwischen zu der höheren Instanz kam, nicht ausgeschlossen. S. 250. Dort ist wie wohl selbstverständlich, unter Richter auch der Vorsitzende (Amtsrichter) zu verstehen.

lich hervorgeht; dagegen wird der vor der öffentlichen Sitzung gestellte Antrag auf Terminsverlegung durch Verfügung des Vorsitzenden erledigt. Darauf bezieht sich die Unterscheidung in der angeführten Stelle in den Motiven: „des betreffenden Beschlusses oder der betreffenden Verfügung".

§ 206 findet auch auf § 461 Anwendung. Modifizirt werden die Bestimmungen des § 206 durch § 302.

Ueber die Kosten der Verlegung des Termins, der Vertagung einer Verhandlung und die Anberaumung eines Fortsetzungstermins ist § 90 zu vergleichen, dessen Anwendung auf § 206 nicht ausgeschlossen ist.

Gegen den Gerichtsbeschluß auf Grund des § 206 giebt es kein Rechtsmittel; wegen der Ueberbürdung der hiedurch entstandenen Kosten, vergl. § 94.

§ 207.

Die in diesem Titel dem Gericht und dem Vorsitzenden beigelegten Befugnisse stehen dem beauftragten oder ersuchten Richter in Bezug auf die von diesen zu bestimmenden Termine und Fristen zu.

„beauftragten oder ersuchten Richter", vergl. hiezu § 151.

„auf die von diesen zu bestimmenden Termine und Fristen". Dazu gehören namentlich die Termine zu Zeugenvernehmungen, Vernehmung von Sachverständigen, Abnahme von Partei-Eiden, Augenscheinseinnahme u. dgl.

Vierter Titel.

Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 208.

Die Versäumung einer Prozeßhandlung hat zur allgemeinen Folge, daß die Partei mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung ausgeschlossen wird.

Die Motive zum vierten Titel bemerken unter Anderem:

Die Grundsätze (des Entwurfs) lassen sich dahin zusammenfassen:

1) Alle Termine und Fristen haben peremtorische Natur, so daß — von Ausnahmen (§§ 316 ff., 578, 611) abgesehen — schon auf die erste Ladung hin ein Versäumnißurtheil ergehen kann;

2) die Nothwendigkeit der Androhung der Kontumazialfolgen ist beseitigt;

3) Ungehorsamsbeschuldigung wird zum Eintritte der Rechtsnachtheile der Versäumung regelmäßig nicht erfordert (§ 209) und, wo sie durch spezielle Gesetzesvorschrift für nothwendig erklärt ist, wird die Nachholung des Versäumten bis zum Schlusse der Verhandlung über die Ungehorsamsbeschuldigung zugelassen;

4) abgesehen hievon findet die Aufhebung der Folgen der Versäumung durch Nachholung des Versäumten (morae purgatio) oder auf dem Wege eines selbstständigen Rechtsbehelfs nur da statt, wo das Gesetz dieselbe speziell zuläßt. Die Restitution gegen Fristenablauf und unvollständiges Handeln innerhalb der Verhandlung ist im Grundsatze beseitigt.

Das Gesetz läßt die Aufhebung der Versäumnißfolgen zu:

a) allgemein gegen Versäumung von Verhandlungsterminen und das darauf basirte Versäumnißurtheil, sei es in der Hauptsache oder über einen Zwischenstreit (§ 312 Abs. 2), mittels Einspruchs;

b) ausnahmsweise gegen unvollständiges Handeln im Termine aus restitutionsähnlichen Gründen, und so lange noch nicht endlich erkannt ist, mittels Nachholung;

c) gegen Versäumung von Nothfristen im Wege einer strengen Restitution.

Die Grundsätze zu 1—3 sind genereller Natur und haben deshalb in den §§ 208 und 209 ihre systematische Stellung mit Grund in dem vorliegenden Titel gefunden. Ueber die zulässige Wiederaufhebung der Folgen der Versäumung enthält sich der Entwurf auch hier eines allgemeinen Satzes, wie er zu 4 aus den Einzelvorschriften des Entwurfs heraus entwickelt und beispielsweise in der hannov. Proz.-O. § 156 ausgesprochen ist;

das Versäumnißurtheil und der Einspruch werden zweckmäßiger im konkreten Anschlusse an das Verfahren (§§ 295 ff.) behandelt; dasselbe gilt von den Fällen der morae purgatio (vergl. §§ 44 Abs. 4,[1]) 247, 319, 332, 339, 367, 398, 490, 869 u. a.), dagegen findet die Wiedereinsetzung gegen Versäumung von Nothfristen (§§ 211 ff.) hier, im allgemeinen Theile des Verfahrens, ihre richtige Stellung und Rechtfertigung.[2])

„Die Versäumung einer Prozeßhandlung". Wie aus dem Erwähnten hervorgeht, begreift das Gesetz unter Prozeßhandlung auch die mündliche Verhandlung im Allgemeinen. Die Motive zu § 208 bemerken hiezu: Die rechtlichen Folgen der Versäumung einer Prozeßhandlung sind theils allgemeine, theils besondere.

Der § 208 behandelt nur die ersteren und spricht in abstracto aus, welche Folgen es habe, wenn eine Partei eine befristete prozessuale Einzelhandlung oder einen Termin versäumt, beziehungsweise eine Prozeßhandlung während der mündlichen Verhandlung ganz oder partiell unterläßt. Versäumung und Verweigerung sind völlig gleichgestellt.[3]) Daß diese Folgen darin zu bestehen haben, daß die Partei (neben der Verpflichtung zum Ersatze der durch die Versäumung entstehenden Kosten §§ 90, 216, 309) mit derjenigen Prozeßhandlung ausgeschlossen wird oder werden kann, welche innerhalb der betreffenden Frist oder in dem Termine vorzunehmen war, ist bereits bestehendes Prozeßrecht in Deutschland.

Die besonderen Folgen der Versäumung sind im Gesetze besonders normirt; sie sind so verschieden, als der Inhalt und Zweck der vorzunehmenden Handlung selbst und bestehen bald in dem Präjudize der Annahme eines Zugeständnisses (§§ 129, 296, 217 Abs. 4, 504), oder in der Anerkennung einer Urkunde (§§ 396, 404) oder der Genehmigung (§ 81), bald in der Annahme eines Verzichts auf das Klagerecht (§ 295) oder der

---

[1]) Das Allegat in den Motiven Abs. 3 hat sich geändert. Vergl. S. 258.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 201—208.

[3]) Welche Folgen die unterlassene Erklärung in der mündlichen Verhandlung auf behauptete Thatsachen hat, ergiebt sich aus den Bemerk. zu § 129 und § 299.

Verweigerung des Eides (§§ 417, 429, 430) u. A.[4]) § 208 bezieht sich indessen, wie schon aus den Bemerkungen zu §§ 120, 121 hervorgeht, nicht auf vorbereitende Schriftsätze.

§ 209.

Einer Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumung bedarf es nicht; dieselben treten von selbst ein, sofern nicht dieses Gesetz einen auf Verwirklichung des Rechtsnachtheils gerichteten Antrag erfordert.

Im letzteren Falle kann, so lange nicht der Antrag gestellt und die mündliche Verhandlung über denselben geschlossen ist, die versäumte Prozeßhandlung nachgeholt werden.

„Einer Androhung bedarf es nicht“. Weder die allgemeinen noch die besonderen Nachtheile der Versäumung bedürfen einer vorgängigen Androhung. Wie dieser Grundsatz einerseits als eine Folge des Prozeßbetriebs durch die Parteien nothwendig und als Konsequenz des peremptorischen Charakters über Fristen und Termine gegeben erscheint, außerdem aber von praktischer Bedeutung wird, indem er die durch das Androhungssystem hervorgerufene eigene Klasse von Streitigkeiten über die richtige Androhung und Ausführung des Präjudizes abschneidet, so läßt er sich auch als Ausfluß einer wohlverstandenen Verhandlungsmaxime rechtfertigen. Das Gericht ist berufen um über die vor ihm verhandelten Streitpunkte zu urtheilen; die Verhandlung und Entwicklung ist Sache der Parteien; das Gesetz, nicht das Gericht, schreibt ihnen das „Wie“ vor, sagt ihnen insbesondere, welche Nachtheile die Vernachlässigung seiner Gebote zur Folge habe. Hierin liegt zugleich die besondere Rechtfertigung für den weiteren Satz, daß die vom Gesetze gedachten, einer Androhung nicht bedürftigen Nachtheile auch kraft des Gesetzes, ohne hierauf gerichtetes besonderes Verlangen und — abgesehen von dem Versäum-

---

[4]) Bes. Begr. d. zu § 201. Weiter ist hieher zu rechnen die Annahme, daß die Beweisaufnahme das in Aussicht gestellte Ergebniß gehabt habe (§ 504 Abs. 2), die Zurücknahme des Widerspruchs gegen den Theilungsplan im Vertheilungsverfahren (§ 767).

nißurtheile — ohne eine den Nachtheil besonders aussprechende richterliche Verfügung in's Leben treten.[1])

Die eingetretene Versäumung wird also lediglich bei der nächsten Entscheidung, für die sie von Einfluß ist, berücksichtigt. So lange sich keine Gelegenheit ergiebt, ruhen die Folgen der Versäumung.

Es ist hier indessen auf § 493 aufmerksam zu machen, wornach die Versäumung einer zur Verhandlung erschienenen Partei von dieser in der Berufungsinstanz nachgeholt werden kann.[2])

„so fern nicht dieses Gesetz" — einen Antrag erfordert. Neben beiden Regelsätzen bestehen Ausnahmen in beschränktem Umfange. Die Androhung des Versäumungsnachtheils ist erforderlich im Zahlungsbefehle (§ 632) und bei öffentlichen Aufgeboten (§§ 824 Nr. 3, 841), Ausnahmen, welche sich aus der Natur dieser besonderen Verfahrensarten rechtfertigen. Nicht hieher zu beziehen ist das den Zeugen und Sachverständigen zu stellende Präjudiz (§§ 342, 367.) Erheblicher erscheint die Zahl der Fälle, wo ein auf Verwirklichung des Versäumungsnachtheils gerichteter Antrag (Ungehorsamsbeschuldigung) für erforderlich erklärt ist. Hieher gehört vor Allem in Beziehung auf die Versäumung von Terminen das große Gebiet des Versäumnißurtheils (§§ 295 ff. 312, 144, 217 Abs. 4, 218, 220, 223 Abs. 2, 318, 430, 504 Abs. 2, 529, 563 Abs. 3, 578 Abs. 4, 611 Abs. 1,[3]) (§ 574 Abs. 2 des Entwurfs) 640, 767), was mit der vom Entwurf angenommenen Konstruktion des Versäumungsverfahrens und der Zulassung des Einspruchs im Zusammenhange steht.

Der § 195 des hannov. Entwurfs hat hinter „Antrag" deutlicher eingeschaltet „des Gegners", denn nicht nur von der Gegenpartei, auch von dem Nebenintervenienten und andern Prozeßgegnern kann der Antrag gestellt werden.

„so lange nicht der Antrag gestellt". Mit der Nothwendigkeit der Ungehorsamsbeschuldigung ist von selbst gegeben, daß bis

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 202 Abs. 1.

[2]) Vergl. die Bemerkung zu § 493, der sich auf Versäumungsurtheile gegen eine nicht erschienene oder solcher gleich zu erachtenden Partei nicht bezieht.

[3]) Dazu gehören auch die §§ 620, 624, 626.

zum Antrage die Möglichkeit offen bleiben muß, das Versäumte nachzuholen. Die C.P.O. gestattet die Nachholung, aber auch noch bis zum Schlusse der Verhandlung über den gestellten Antrag (§§ 127, 634, 828), was sich im Hinblick auf die hier überwiegend in Betracht kommende Versäumung von Terminen schon aus § 197 Abs. 2 als nothwendig ergab, und an sich einer Verweitläufigung des Verfahrens und Vermehrung der Kosten vorbeugt.[4])

Für die Aussetzung und Wiedereröffnung des Verfahrens sind die allgemeinen Grundsätze maßgebend, auch in dem wiedereröffneten Verfahren kann das Versäumte nachgeholt werden.[5])

Daß unter dem auf Verwirklichung des prozessualischen Nachtheils gerichteten Antrage, wo nicht ein Anderes erhellt, nur der in der mündlichen Verhandlung, nicht in schriftlichen Eingaben gestellte Antrag zu verstehen und entscheidend ist, bedurfte keiner besonderen Hervorhebung im Gesetze.[6])

Wenn die Motive sagen „wo nicht ein Anderes erhellt, so ist das gleichbedeutend mit" wo eine mündliche Verhandlung nicht stattfindet.[7])

§ 210.

Auf Grund der den Minderjährigen und den ihnen gleichgestellten Personen als solchen zustehenden Rechte findet die Aufhebung der Folgen einer Versäumung nicht statt.

Insofern die Aufhebung der Folgen einer unverschuldeten Versäumung zulässig ist, wird eine Versäumung, welche in der Verschuldung eines Vertreters ihren Grund hat, als eine unverschuldete nicht angesehen.

„findet die Aufhebung der Folgen der Versäumung nicht statt". Eine Aufhebung der Folgen der Versäumung findet nur nach Maßgabe der Bestimmungen der Civilprozeßordnung statt.

---

4) Bes. Begr. d. E. a. a. O. Abs. 3.

5) Vergl. die Bemerk. zu §§ 141, 142.

6) Bes. Begr. d. E. a. a. O. Abs. 4.

7) Wie in den Fällen der §§ 105, 634, 639.

Zur Vermeidung etwaiger Zweifel ist deshalb in Abs. 1 bestimmt worden, daß eine solche Aufhebung ex persona, auf Grund der den Minderjährigen und der ihnen gleich gestellten Personen (Fiskus, Gemeinden, Stiftungen u. s. w.)[1]) zustehenden Rechte nicht zulässig sei; hiernach finden die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Minderjährigkeit auf prozessualische Versäumungen keine Anwendung.[2])

„Insofern die Aufhebung zulässig ist". Der zweite Absatz folgt aus dem angenommenen Prinzip (§ 81), daß die Handlungen und Unterlassungen des Vertreters als Handlungen und Unterlassungen der Partei gelten und die prozessualischen Verbindlichkeiten Beider für alle Regelfälle solidarisch sind. Die Nachlässigkeit des Vertreters bildet keinen Restitutionsgrund.[3]) Hieraus ergiebt sich aber, daß der Absatz des § sich auf alle Vertreter, nicht blos die der in Abs. 1 genannten nicht prozeßfähigen Parteien bezieht.

„eines Vertreters". Die Civilprozeßordnung unterscheidet zwischen „gesetzlichen Vertretern" und „Vertretern". Der Ausdruck „Vertreter" umfaßt die gesetzlichen Vertreter und die

---

[1]) Den Minderjährigen stehen gleich nach preuß. L.R. der Fiskus, Taubstumme, Wahn- und Blödsinnige, Kirchen und die mit diesen gleich berechtigten Korporationen. Förster, preuß. Pr.R. I S. 303 IV, S. 394 ff.; nach bayer. L.R. Kirchen, Spitäler, Almosenämter und andere Korporationen oder Communitäten, Blöd- und Unsinnige, erklärte Verschwender, der Fiskus, bayer. L.R. Th. I c. VII § 36 Nr. 8, § 37 Nr. 1, Verordn. v. 6. März 1759. Das sächsische bürg. Gesetzbuch kennt kein beneficium restitutionis in integrum, nicht für juristische Personen, auch nicht im Prozesse. Siebenhaar, Comm. z. sächs. bürg. G. Bd. I S. 3, Anmerk. 1 S. 42, 199, Motive zu § 170 des sächs. bürg. G. Auch in Württemberg sind durch das Gesetz v. 28. Febr. 1873, betr. die Aufhebung der Vorrechte des Fiskus und anderer gesetzlich begünstigter Personen, diese Vorrechte aufgehoben mit Ausnahme der durch das Prioritätsgesetz und Exek.-G. vom 15. April 1825 eingeräumten Vorrechte, dann des Rechts des Fiskus auf Einziehen erbloser Verlassenschaften und der Unzulässigkeit einer Gegenforderung an eine Staatsverwaltungskasse gegenüber einer andern Staatsverwaltungskasse.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu § 203 Abs. 1.

[3]) Bes. Begr. d. E. a. a. O. Abs. 2.

Stellvertreter — Prozeßbevollmächtigten, negotiorum gestores, §§ 74 ff., 85.[4]) Der Zustellungsbevollmächtigte ist nicht Vertreter. Er nimmt keine Prozeßhandlung vor, kann keine unterlassen, und unterläßt keine, wenn er eine Zustellung an seine Partei nicht besorgt.[5]) Es kann also hier von einer Nachholung einer durch einen Vertreter versäumten Prozeßhandlung überhaupt keine Rede sein.

„als eine unverschuldete nicht angesehen", d. h. die Versäumung muß auch auf Seite des Vertreters eine unverschuldete gewesen sein. Hatte der Vertreter einer Partei eine Handlung vorzunehmen, gegen deren Unterlassung überhaupt eine Nachholung gestattet ist[6]) und er wurde durch eine Krankheit, von der die Partei selbst nichts erfahren hat, daran verhindert, so ist der Partei die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung zu gestatten. Wenn aber die Partei von Umständen Kenntniß hatte, die dem Vertreter fehlte und dieser hat sich eine Versäumung zu Schulden kommen lassen, z. B. sich in die Verhandlung vor einem Richter eingelassen, der von der Partei aus einem dieser bekannten Verhältnisse wegen Besorgniß der Befangenheit hätte abgelehnt werden können (§ 43), so schadet dies auch der Partei, sie kann sich nicht mehr auf § 44 Abs. 4 berufen. Anders ist das Verhältniß gegenüber einer prozeßunfähigen Partei, hier kann lediglich das Verschulden in der Person des Vertreters in Betracht kommen.

§ 211.

Einer Partei, welche durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine Nothfrist einzuhalten, ist auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen.

Hat eine Partei die Einspruchsfrist versäumt, so ist ihr die Wiedereinsetzung auch dann zu ertheilen, wenn sie von der Zu-

---

[4]) Bes. Begr. d. E. a. a. O. Abs. 3.

[5]) Vergl. § 211 Abs. 2.

[6]) Z. B. in den Fällen der §§ 319, 332, 490.

stellung des Versäumnißurtheils ohne ihr Verschulden keine Kenntniß erlangt hat.

„Eine Partei". Es ist daran zu erinnern, daß, wo die Partei genannt ist, in der Regel auch deren gesetzlicher Vertreter mit inbegriffen ist.[1]) Hierunter fallen auch die Prozeßbevollmächtigten, die im Anwaltsprozesse statt der Partei handeln müssen. Wenn ein Anwalt kurz vor Ablauf der Nothfrist im Anwaltsprozesse plötzlich erkrankt, findet Restitution statt. Ob auch im gleichen Falle im Parteiprozesse, wird zu verneinen sein, wenn die Partei rechtzeitig von dem Hindernisse Nachricht erhielt und selbst handeln oder einen andern Prozeßbevollmächtigten aufstellen konnte.

„durch Naturereignisse und andere unabwendbare Zufälle". Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, soweit solche § 211 zuläßt, wird dem Restitutionsgrund nach auf Naturereignisse und andere unabwendbare Zufälle (vis major) eingeschränkt. Die Motive bemerken hiezu: Während der Begriff des „Mangels an Verschuldens" leicht einer laxen Interpretation ausgesetzt ist, hat das Erforderniß der vis major bereits auf dem Gebiete des Handelsrechts (A.D.H.G. Art. 395) Eingang und bestimmte Anwendung gefunden; durch die Beifügung des Beispiels „Naturereignisse" erhält die Rechtsprechung einen ferneren festen Anhalt. Die sonach für ungewöhnliche Fälle Raum lassende Schranke wird in Verbindung mit der weiteren Bestimmung, daß durch das Gesuch um Wiedereinsetzung die Vollstreckung regelmäßig nicht gehemmt wird (§ 647), dem Mißbrauche und der Prozeßverschleppung vorbeugen, zu welchen mildere Restitutionsgründe erfahrungsgemäß Gelegenheit bieten, und der Rechtskraft die Sicherheit nicht entziehen.[2]) Eine Definition von Naturereignissen und andern unabwendbaren Zufällen hat der § unterlassen, die Beurtheilung, ob solche vorliegen, ist dem freien Ermessen des Gerichts überlassen.

---

[1]) Vergl. S. 273.

[2]) Bes. Begr. d. E. zu § 204.

Wenn eine Partei während des Laufes der Nothfrist geisteskrank wird und diese deshalb nicht einhielt, so kann deren gesetzlicher Vertreter für sie Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen. Als Beispiel eines andern unabwendbaren Zufalls mag die Gefangennahme der Partei dienen. Rechtsirrthum ist als Restitutionsgrund ausgeschlossen, auch die durch betrügliche Handlungsweise des Prozeßgegners veranlaßte Versäumung einer Nothfrist bildet keinen prozessualen Restitutionsgrund. Bei Berathung des § 213 wurde bemerkt: Man kann es nicht als unabwendbaren Zufall ansehen, wenn eine Zustellung in Folge Trunkenheit eines Gerichtsvollziehers zu spät erfolgt, während Abgeordneter Struckmann meinte, der Fall, wo durch die Schuld eines Dritten die Nothfrist versäumt worden, sei dem Zufall gleich zu achten, und es sei deshalb durch Restitution Abhilfe zu gewähren.[3]) Für solche Fälle gewährt aber nun der neue § 213 Abhülfe, vorausgesetzt, daß die Partei selbst nicht zu saumselig war.

„eine Nothfrist einzuhalten". Die Restitutionsfrist selbst ist keine Nothfrist.[4]) Die Civilprozeßordnung hat die Fristenrestitution als eine allgemeine aufgegeben, dagegen wider den Ablauf von Nothfristen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zugelassen und zwar gegen den Ablauf jeder Nothfrist. Ob eine Verhinderung die Nothfrist einzuhalten vorhanden war, z. B. wenn das Hinderniß nur am Ende der Nothfrist oder nur während eines Theils des Laufs derselben bestand, ist quaestio facti und nach den Umständen zu beurtheilen. Das Hinderniß ist glaubhaft zu machen (§ 214 Nr. 2).

„die Wiedereinsetzung auch dann zu ertheilen". Die Vorschrift des Abs. 2 ist durch die Erwägung hervorgerufen, daß

---

[3]) Prot. d. J.K. S. 67. Bei Berathung des nordd. Entw. wurde ein Antrag: „Hat die Partei von der Zustellung des Urtheils, gegen welches die Nothfrist lief, ohne ihr Verschulden keine Kenntniß erhalten, so steht das einem unabwendbaren Zufalle gleich" verworfen. Prot. z. nordd. E. S. 456, 1278. In Abs. 2 des § 211 ist aber dieser Grundsatz für die Versäumungsurtheile anerkannt.

[4]) S. 636 unter 4 u. die Bemerk. aus den Motiven zu § 212.

nach dem angenommenen Zustellungssystem die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß die Partei weder die Zustellung der Klage noch die des Versäumnißurtheils rechtzeitig erfährt. Zugleich dient die Vorschrift zur Erledigung von Bedenken, welche in Betreff der Zustellung an Zustellungsbevollmächtigte und mittels Aufgabe zur Post (§ 161) sich erheben lassen.[5]) Wenn die Motive hier bemerken „rechtzeitig erfährt", so bezieht sich dies auf den Fall, daß die Partei während des Laufs der Einspruchsfrist von dem Versäumungsurtheile Kenntniß erhielt, aber zu spät, um noch während dieses Laufs den Einspruch erheben zu können. Aber die Frist zum Antrage auf Wiedereinsetzung beginnt auch, wenn die Partei vor Ablauf der Einspruchsfrist zu spät ohne ihr Verschulden von dem Versäumungsurtheil Kenntniß erhielt erst mit Ablauf dieser Frist (§ 212 Abs. 2 und § 211 Abs. 2.)[6]) Absatz 2 bildet eine Ausnahme von der in Absatz 1 aufgestellten Regel zu Gunsten des Einspruchsklägers und findet bei anderen Urtheilen keine Anwendung, auch nicht gegen das fernere Versäumnißurtheil (§ 310). Durch Absatz 2 des § ist auch der Fall gedeckt, daß eine Partei von einer Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung (§ 186) ohne ihr Verschulden keine Kenntniß erhielt.[7]) Uebrigens ist die Bestimmung in § 210 Abs. 2 auch für § 211 Abs. 2 maßgebend.

§ 212.

Die Wiedereinsetzung muß innerhalb einer zweiwöchigen Frist beantragt werden.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem das Hinderniß gehoben ist; sie kann durch Vereinbarung der Parteien nicht verlängert werden.

---

[5]) Bes. Begr. d. E. zu § 204.

[6]) So lange eine Frist noch nicht versäumt ist, kann eine Wiedereinsetzung nicht begehrt werden.

[7]) Der Vertreter des Bundesraths v. Kurlbaum II machte speziell darauf aufmerksam. Prot. d. J.K. S. 73. Die Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten gehört nicht hieher (§ 162). Ueber Nothfristen vergl. § 201 Abs. 3 und die Bemerk. zu § 194.

Nach Ablauf eines Jahres, von dem Ende der versäumten Nothfrist an gerechnet, kann die Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden.

„innerhalb einer zweiwöchigen Frist". Ueber deren Berechnung sind die Bemerkungen zu § 200 zu vergleichen.

„das Hinderniß gehoben ist". Der Ausdruck „gehoben ist" gibt zu Bedenken Veranlassung. Wenn eine Partei gefangen war und am Montag befreit wurde oder eine Partei von einem Versäumnißurtheil an diesem Tage Kenntniß erhielt (§ 211 Abs. 2), so ist das Hinderniß nicht an diesem Tage, sondern erst am folgenden Dienstag gehoben. Gleichwohl wird man das „ist" als gleichbedeutend mit „worden ist" nehmen müssen, wie dies z. B. in den §§ 165, 171 am Schlusse der Fall ist, auch kein Grund besteht, warum in § 212 eine Ausnahme von dem Prinzipe des § 200 liegen und hier der Lauf der Frist um einen Tag später beginnen sollte.[1])

„sie kann — nicht verlängert werden". Die Motive bemerken hiezu: Hieher gehört, daß der Entwurf die Restitutionsfrist nicht als eine Nothfrist anerkennt, sonach eine Wiedereinsetzung gegen die versäumte Wiedereinsetzung nicht gestattet; restitutio restitutionis non datur. Das Gegentheil, für welches die Konsequenz in Anspruch genommen wird, würde die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung prinzipiell endlos machen und ein Bedürfniß nicht für sich haben. Das Gesetz bestimmt also in Abs. 2 eine Ausnahme des in § 202 Abs. 1 aufgestellten Grundsatzes.

Dagegen kann die Verlängerung der Frist des Abs. 2 als einer gesetzlichen auch auf Antrag (§ 202 Abs. 2) nicht erfolgen, da hiefür, als einem besonders bestimmten Fall, keine Vorschrift besteht.

„Nach Ablauf eines Jahres". Auch diese Frist kann weder durch Vereinbarung der Parteien noch durch Antrag verlängert werden. Die Motive bemerken hiezu: Gleichen Zwecken (der Prozeßverschleppung vorzubeugen und der Rechtskraft die Sicher-

---

[1]) Auch die nachfolgend angeführten Motive sagen „von dem Tage der Hebung des Hindernisses an laufende Frist".

heit nicht zu entziehen) dient es, daß der Entwurf ferner die Wiedereinsetzung an eine kurze, von dem Tage der Hebung des Hindernisses an laufende Frist knüpft, und die Restitution nach Ablauf eines Jahres, von dem Ende der versäumten Nothrist an gerechnet, gänzlich ausschließt (§ 212). Er befindet sich dabei in wesentlicher Uebereinstimmung mit Württemberg Art. 285, 286, Bayern 217 u. s. w.[2]) Die Frist ist eine gesetzliche und für deren Verlängerung nichts Besonderes bestimmt (§ 202 Abs. 2).

Zu dem gleichen § 292 des nordd. Entwurfs wurde der Zusatz beschlossen: „Diese Bestimmung kommt nicht zur Anwendung, wenn der Beklagte, welcher wegen Versäumung der Einspruchsfrist die Wiedereinsetzung nachsucht, ohne sein Verschulden weder von der Zustellung der Klage noch von der Zustellung des Versäumnißurtheils Kenntniß erhalten hat.“[3]) Aus der Nichtaufnahme dieser Bestimmung im Entwurfe geht klar hervor, daß auch § 211 Abs. 2 nach Ablauf eines Jahres nicht mehr Platz greift.

Die Bestimmung des § 214 über Glaubhaftmachung gilt auch für § 212 und fällt auch der Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernisses darunter, da der Antrag von dem Nachweis, daß er rechtzeitig gestellt wurde, bedingt ist.

§ 213.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Nothfrist ist der Partei auf Antrag auch dann zu ertheilen, wenn spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Nothfrist das zur Wahrung derselben zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsvollzieher oder, insoweit die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, dem Gerichtsschreiber zum Zwecke der Zustellung übergeben ist.

Die Wiedereinsetzung muß innerhalb einer einmonatigen Frist nach Ablauf der versäumten Nothfrist beantragt werden.

---

[2]) Bes. Begr. d. E. zu § 204. Nur Württemberg hat in Art. 286 die Bestimmung, daß nach Ablauf von 2 Jahren Wiedereinsetzung nicht mehr stattfindet, Bayern nicht; aber auch Art. 286 enthält eine Präklusivfrist. Motive zu § 283 des Entw. der württemb. C.P.O.

[3]) Prot. z. nordd. E. S. 407.

Der § 213 findet sich im Entwurfe nicht, sondern ist ein Kind der Justizkommission, das erst nach vielfachen Hindernissen zur Welt kam. Ursprünglich wollte ein Antrag von Forcade de Biaix als Absatz 4 des § 201 (§ 194 des Entwurfs) die Nothfrist bei Zustellung des Schriftsatzes an den Gerichtsvollzieher oder Hinterlegung auf der Gerichtsschreiberei behufs der Vermittelung der Zustellung durch den Gerichtsschreiber — innerhalb der Nothfrist gewahrt wissen. Der Antrag sollte die mit dem Institut der Gerichtsvollzieher verbundenen Nachtheile beseitigen. Nachdem der Antrag von Forcade de Biaix trotz des energischsten Widerspruchs der Vertreter des Bundesraths, die darin eine Durchbrechung des Systems des Entwurfs erblickten, auch derselbe die Kontrole, die nach dem Entwurfe von der Gegenpartei ausgeübt werden könne, unmöglich mache, angenommen war, ließ man später denselben wieder fallen und beschloß folgende Bestimmung: „Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Nothfrist ist der Partei auf Antrag auch dann zu ertheilen

1) wenn im Anwaltsprozesse spätestens am vierten Tage vor Ablauf der Nothfrist der Prozeßbevollmächtigte von der Partei zur Vornahme der versäumten Handlung beauftragt ist oder

2) wenn vor dem letzten Tage der Nothfrist das zur Wahrung derselben zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsschreiber oder dem Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Zustellung übergeben ist.

Die Wiedereinsetzung muß innerhalb einer einmonatlichen Frist nach Ablauf der versäumten Nothfrist beantragt werden" mit einem dem nunmehrigen Abs. 3 des § 214 gleichen Zusatze.

Hiebei bemerkte der Vertreter des Bundesraths von Amsberg, daß nur Nr. 2 einen durch die Annahme des Forcade'schen Amendements von der Kommission adoptirten Gedanken in einer mit dem Systeme des Entwurfs übereinstimmenden Form wiedergebe, während sich Justizrath Kurlbaum namentlich dem Zusatze widersetzte, was auch bei der zweiten Lesung des Entwurfs gegenüber dem ganzen Beschlusse wiederholt von den Vertretern des Bundesraths geschah, nachdem Abgeordneter Thilo

auch die Streichung des Beschlusses beantragt hatte — vergeblich. Aber auch der Bundesrath beantragte den Abstrich, worauf § 213 in seiner gegenwärtigen Gestalt angenommen wurde.[1])

„gegen die Versäumung einer Nothfrist". Es muß also, trotzdem dem Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber der Schriftsatz vor Ablauf der Nothfrist überreicht wurde, von diesen durch verspätete Zustellung oder durch Unterlassung solcher die Nothfrist versäumt worden sein, aber es äußert keinen Einfluß, ob die Zustellung erfolgen konnte und aus Schuld des Zuzustellenden versäumt wurde.

„auf Antrag". Hiezu ist § 214 Abs. 4 zu vergleichen.

„auch dann zu ertheilen". Der § verlangt also nicht das Vorhandensein eines Zufalls nach § 211, sondern im Gegensatze zu diesem soll die Versäumung eines Dritten dem unabwendbaren Zufall gleich erachtet werden und wie dieser dieselben Folgen haben, wenn nicht das Schriftstück dem Dritten, dem Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber, zu spät zur Zustellung übergeben wurde. Der § geht also von der Ansicht aus, daß drei Tage nach der Uebergabe an den Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber die Zustellung durch diese bewirkt werden kann. Deshalb treffen auch, wenn das Schriftstück noch später als am dritten Tage vor Ablauf der Nothfrist übergeben und letztere versäumt wurde, die Folgen die Partei.

Der Nachweis der rechtzeitigen Uebergabe an den Gerichtsvollzieher und Gerichtsschreiber wird durch deren Bescheinigung (§ 155 Abs. 2), die jedoch anderwärtigen Nachweis nicht ausschließt, in der Regel geliefert werden können. § 213 bezieht sich übrigens nur auf Zustellungen, die durch den Gerichtsschreiber oder durch den Gerichtsvollzieher bewirkt werden sollen, für die nach Maßgabe der §§ 182—189 zu erfolgenden Zustellungen bleibt es bei der Bestimmung des § 190.

„spätestens am dritten Tage vor dem Ablauf der Nothfrist". Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche läßt sich nicht bezweifeln,

---

[1]) Prot. d. J.K. S. 65—69, 123—125, 535, 666, Sitzg. v. 8. November 1876.

daß der Tag, an welchem die Nothfrist abläuft, nicht mitgezählt wird.[2])

„übergeben ist", ob durch die Partei selbst oder durch Vermittlung Dritter, ist gleichgültig. Unter „übergeben ist" fällt auch die Protokollerklärung vor dem Gerichtsschreiber mit dem Antrage auf Zustellung und ohne solchen (§ 154).[3]) Hat der Gerichtsschreiber das Protokoll gefertigt und es bleibt in seinen Händen, so ist es dasselbe, als wenn es ihm übergeben wurde, und § 213 enthält keine Verpflichtung zur Einreichung von Schriftsätzen, wo sonst die Protokollirung vor dem Gerichtsschreiber zulässig ist.[4]) Dagegen müssen dem Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber so viele Abschriften übergeben werden, als Zustellungen erfolgen sollen, denn Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher sind nicht berechtigt, solche Abschriften zu ergänzen.[5])

„innerhalb einer einmonatlichen Frist". Ueber den Beginn derselben vergleiche die Bemerkungen zu §§ 199—200. Die Frist ist eine gesetzliche, aber sie ist keine Nothfrist. Die Parteien können auf Grund des § 202 Absatz 1 diese Frist verlängern, d. h. die eine Partei kann, da im Voraus eine Bewilligung doch nicht stattfinden kann, erklären, daß sie dem nachträglichen Gesuche die Zustimmung gebe, da hier die entgegenstehende Bestimmung des § 212 Absatz 2 nicht aufgenommen ist,[6]) dagegen ist eine Verlängerung der Frist auf Antrag durch das Gericht ausgeschlossen, da das Gesetz hierüber nichts bestimmt.

Die Frage über die Verpflichtung dessen, der die Frist versäumt hat zum Ersatz des hiedurch entstandenen Schadens, wird von der Civilprozeßordnung nicht berührt. Bezüglich der Kosten

---

[2]) Fr. 162 pr. D. (L, 16.)

[3]) Aber die Aufgabe zur Post unter der Adresse durch den Gerichtsvollzieher ist ohne Einfluß, nur der Tag der Empfangnahme durch den Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber entscheidet.

[4]) A. M. Seuffert, C.P.O. zu § 213 Nr. 5. Also soll die Partei das Protokoll sich von dem Gerichtsschreiber geben lassen und diesem dann selbst wieder geben?

[5]) Vergl. die Bemerkungen zu § 155.

[6]) Vergl. übrigens § 228 Abs. 2.

sind die in den Bemerkungen zu § 208 schon allegirten §§ 90, 216, 309 zu vergleichen.

§ 214.

Die Wiedereinsetzung wird durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt. Derselbe muß enthalten:

1. **die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen;**
2. **die Angabe der Mittel für deren Glaubhaftmachung;**
3. **die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung oder, wenn diese bereits nachgeholt ist, die Bezugnahme hierauf.**

Ist die Einlegung der sofortigen Beschwerde versäumt worden, so wird der Antrag auf Wiedereinsetzung durch Einreichung des Schriftsatzes bei Gericht gestellt. Die Einreichung kann sowohl bei dem Gerichte, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, als auch bei dem Beschwerdegericht erfolgen.

Im Falle des § 213 kann die Wiedereinsetzung auch in dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Termine ohne vorgängige Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden, wenn die Zustellung der Ladung zu dem Termin innerhalb der einmonatigen Frist nach Ablauf der versäumten Nothfrist erfolgt ist.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand steht in Beziehung zu einem anhängigen oder anhängig gewesenen Prozesse; er tritt auf dieselbe Weise in's Leben und nimmt denselben Gang, wie die Prozeßhandlung, welche in der versäumten Nothfrist vorzunehmen war.[1])

„Die Wiedereinsetzung". Ueber die Folgen eines Wiedereinsetzungsgesuchs für die Zwangsvollstreckung ist § 647 zu vergleichen.

„durch Zustellung eines Schriftsatzes". Abgesehen von den Bestimmungen des Absatz 2 und 3 des § ist in allen anderen Fällen versäumter Nothfrist die Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner nöthig (vergl. §§ 305, 479, 515, 527, 230, 835, 870). Für den Parteiprozeß vergleiche § 462.[2]) Durch den

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 206—208.

[2]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

Hinweis auf § 462 geben die Motive in Uebereinstimmung mit Absatz 1 des § zu erkennen, daß die Anwendung des § 461 ausgeschlossen sein soll.[3]) Dagegen ist in § 462 ausgesprochen, daß der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Parteiprozesse durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers erfolgen kann, vorausgesetzt, daß dem Amtsgerichte die Entscheidung zusteht (§ 215). Nur für den Absatz 2 findet eine Ausnahme von dieser Voraussetzung statt.

„Derselbe muß enthalten". Fehlt eines der unter 1—3 aufgeführten Erfordernisse, so ist der Antrag wirkungslos und ohne daß es eines Antrags der Gegenpartei bedarf, abzuweisen. In Konsequenz des Grundsatzes, daß das Gericht in der Regel ohne Antrag zu prüfen hat, ob der Schriftsatz, durch den eine Nothfrist gewährt werden soll, formell den gesetzlichen Bestimmungen entspricht und der gestellte Antrag überhaupt zulässig ist, muß ein gleiches Verfahren auch für die Schriftsätze Platz greifen, durch welche die Versäumung der Nothfrist beseitigt werden soll.[4])

„die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen". Das ist das erste der wesentlichen Erfordernisse des Schriftsatzes und das Gesetz bezeichnet hiermit die in den §§ 211 bis 213 aufgeführten Wiedereinsetzungsgründe und die Thatsachen, welche das Hinderniß der Einhaltung der Nothfrist bildeten.

„die Angabe der Mittel für deren Glaubhaftmachung". Die Motive bemerken hiezu: Das Requisit der Glaubhaftmachung (§ 266) der die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen (§ 214 Nr. 2) entspricht dem geltenden Rechte und den neuen Prozeßgesetzentwürfen.

„die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung". Endlich vermag — sagen die Motive — der Anspruch auf die prozessualische Restitution eben wegen seiner Beziehung zu einem vorangegangenen Verfahren auch niemals ein selbstständiges Verfahren zu begründen. Der Antrag auf Wiedereinsetzung muß deshalb die versäumte

---

[3]) A. M. Uebel, Comm. d. C.P.O. zu § 214—216 Anm. 1 für den Fall der Versäumung der Einspruchsfrist gegen ein Versäumungsurtheil.

[4]) Vergl. auch die Bemerk. zu § 216 Abs. 2.

Prozeßhandlung nachholen oder auf die bereits erfolgte Nachholung Bezug nehmen. Das Verfahren über jenen ist mit dem Verfahren über diese regelmäßig zu verbinden, wenn auch dem richterlichen Ermessen freigestellt werden muß, im einzelnen Falle das judicium rescidens von dem rescisorium zu trennen (§ 216 Absatz 1).

Ist also die Berufungsfrist versäumt worden, so ist die Berufung gleichzeitig mit dem Antrage auf Wiedereinsetzung nach Vorschrift des § 479 einzulegen, wenn dies nicht schon vorher geschehen ist. Dann muß aber dies bemerkt werden und diese Bemerkung ist gleichfalls ein wesentliches Erforderniß des Schriftsatzes. Mit dem Antrage hat die Ladung vor das zuständige Gericht (§ 215) zu erfolgen (§§ 191—193).

„Ist die Einlegung der sofortigen Beschwerde versäumt worden". Daraus folgt — fahren die Motive in der Eingangs angeführten Bemerkung fort — daß er (der Antrag) im Falle der versäumten Einlegung der sofortigen Beschwerde durch Einreichung des Schriftsatzes bei Gericht gestellt wird und zwar mit rechtlicher Wirkung sowohl bei dem Gerichte, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, als auch bei dem Beschwerdegericht (§ 214 Abs. 2), was dem § 540 entspricht. Durch die Bezugnahme auf § 540 im Ganzen geben die Motive zu erkennen, daß die allgemeine Bestimmung des § 214 Abs. 2 auch für § 539 Anwendung finden soll. Hiezu ist aber zu bemerken: Für den Fall des § 539 ist die Einreichung der Beschwerde in § 540 Abs. 4 besonders geregelt, hier kann nur beim Prozeßgerichte Abhülfe nachgesucht werden. Für diesen Fall paßt auch § 214 Abs. 2 insofern nicht, als es (§ 539) keine Alternative zwischen dem Beschwerdegericht und dem Gerichte, welches die Entscheidung erlassen hat, giebt, weil nur ein beauftragter Richter an Stelle des letzteren in Frage steht. Auch ist das Prozeßgericht in den Fällen der §§ 539, 540 Abs. 4 verpflichtet, erst selbst zu entscheiden,[5]) während es in den Fällen des § 540 Abs. 1 und 2

---

[5]) Denn in der Vorlage an das Beschwerdegericht (§ 540 Abs. 4) liegt die Entscheidung, daß es seinen Beschluß nicht ändere.

nach Abs. 3 dies gar nicht thun darf. Hier allein hat es einen Zweck, das Beschwerdegericht unmittelbar anzugehn. Im Falle des § 540 Abs. 4 müßte die Sache erst an das Prozeßgericht zurückgegeben werden. Darnach wird, auch wenn die Frist zur sofortigen Beschwerde gegen die Entscheidung eines beauftragten oder ersuchten Richters versäumt wurde, Schriftsatz mit dem Antrage auf Wiedereinsetzung bei dem Prozeßgericht eingereicht werden müssen.

„Im Falle des § 213". Dieser Absatz, der eine Ausdehnung der Bestimmung des § 212 Abs. 1 enthält, entstand, wie schon in den Bemerkungen zu § 213 erwähnt, bei Berathung des § in der Justizkommission. Es wurde bemerkt, daß möglicher Weise eine Partei oder ihr Anwalt von der Versäumung der Frist vor dem Termine keine Kenntniß erhalten werde; liege dann der Termin später als ein Monat nach Ablauf der Nothfrist, so sei die Restitution verloren; das Erforderniß der Zustellung eines Schriftsatzes werde die Wiedereinsetzung unnöthig erschweren.[6]) Wie das gemeint ist, mag ein Beispiel verdeutlichen: Der Kläger übergibt am drittletzten Tage vor Ablauf der Berufungsfrist einen die Berufung einlegenden Schriftsatz einem Gerichtsvollzieher zur Zustellung. Im Termine zur Verhandlung der Berufung zeigt sich, daß der Gerichtsvollzieher erst nach Ablauf der Berufungsfrist zugestellt hat und nun kann der Berufungskläger in dem Termine, der, wenn der Berufungskläger den Termin erst kurz vorher fixiren ließ, in der Regel erst nach Ablauf eines Monats stattfinden wird (§ 481) ohne Weiteres Restitution beantragen,[7]) aber auch dann, wenn er von der verspäteten Einlegung der Berufung schon vor dem Termine Kenntniß erhielt.[8]) Der Nach-

---

[6]) Prot. d. J.K. S. 124. Aber um ein Versäumungsurtheil gegen den Gegner zu erhalten, ist die vorgängige Zustellung eines Schriftsatzes nothwendig. (§ 300 Nr. 3). Dr. Bähr bemerkte bei der Berathung in der Justizkommission, daß bei dem Ausbleiben der andern Partei nicht in contumaciam verfahren werden könne, verstehe sich von selbst. Prot. d. J.K. S. 667.

[7]) Ob der Impetrant oder der Gegner das Urtheil hat zustellen lassen, ist nach § 198 hiebei ohne Einfluß.

[8]) Vergl. übrigens die Bemerkungen zu § 300 Nr. 3.

weis, daß die Partei den Antrag ohne ihr Verschulden vorher nicht habe stellen können, wird nicht gefordert. Im Anwaltsprozesse gelten aber auch hier für den Antrag in der mündlichen Verhandlung die Bestimmungen des § 269 Abs. 2 und 4. Wird er nicht aus einem dem Protokolle beizulegenden Schriftsatze, welcher den Bestimmungen des § 214 Abs. 1 entsprechen muß, verlesen, so ist er nicht zu berücksichtigen.

§ 215.

Ueber den Antrag auf Wiedereinsetzung entscheidet das Gericht, welchem die Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung zusteht.

Ebenso folgerichtig — sagen die Motive — entscheidet in allen Fällen dasjenige Gericht, welches über den Einspruch, das Rechtsmittel, die Restitutions- oder die Nullitätsklage, die Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurtheil oder gegen den Schiedsspruch, um deren Geltendmachung es sich handelt, zu entscheiden haben würde, wenn die Nothfrist nicht versäumt wäre. Welches Gericht darnach das kompetente, ergeben die §§ 303 ff., 473, 510, 540, 547, 640, 834, 871.[1])

§ 216.

Das Verfahren über den Antrag auf Wiedereinsetzung ist mit dem Verfahren über die nachgeholte Prozeßhandlung zu verbinden. Das Gericht kann jedoch das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung über den Antrag beschränken.

Auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags und auf die Anfechtung der Entscheidung finden die Vorschriften Anwendung, welche in diesen Beziehungen für die nachgeholte Prozeßhandlung gelten. Der Partei, welche den Antrag gestellt hat, steht jedoch der Einspruch nicht zu.

Die Kosten der Wiedereinsetzung fallen dem Antragsteller zur Last, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind.

---

1) Bes. Begr. d. E. zu §§ 206—208.

In weiterer Konsequenz des vorangestellten Satzes (§ 215) — bemerken die Motive — wird über den Antrag auf Wiedereinsetzung gleicher Weise verfahren, als wenn die versäumte Prozeßhandlung schon rechtzeitig vorgenommen worden, so daß mündliche Verhandlung nur im Falle der Versäumung der sofortigen Beschwerde entbehrlich ist (§§ 536—540); wird ferner die Zulässigkeit des Restitutionsantrags nach denjenigen Vorschriften geprüft, welche in dieser Beziehung für die versäumte Prozeßhandlung gelten (vgl. §§ 306, 497, 529, 537, 552 u. a.);[1]) unterliegt endlich die getroffene Entscheidung nur dann und unter denselben Voraussetzungen der Anfechtung, soweit eine solche wider die Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung selbst (vgl. u. A. § 531 Abs. 2) zugelassen ist (§ 216 Abs. 2). In der gänzlichen Ausschließung der Anfechtung würde eine Härte sowohl gegen den Imploranten als besonders gegen den Imploraten zu finden sein, welchem Letzterem ein Mittel gegeben sein muß, unbegründete Restitutionsertheilungen zu verhüten. Dies gilt auch für den Fall, daß die Wiedereinsetzung in contumaciam gegen den in der Verhandlung ausgebliebenen bezw. nicht verhandelnden Imploraten für zulässig erklärt ist; wider das ergehende Versäumnißurtheil steht demselben der Einspruch ebenso zu, wie er ihm zustehen würde, wenn das Versäumungsurtheil von dem Gegner ohne das Mittelglied des Restitutionsgesuchs erwirkt worden wäre. Ein Grund, seine Versäumung in jenem Falle anders zu behandeln, als in diesem, ist nicht gegeben. Anders verhält es sich mit dem Imploranten, von dem mit Grund verlangt werden kann, daß er auf die erste Versäumung, gegen welche er Wiedereinsetzung nachsucht, nicht die zweite folgen lasse; sollte auch diese zu saniren ihm freistehen, so würde die Reihe der Einsprüche und Wiedereinsetzungen unter Umständen endlos werden.[2]) Im Anschlusse an die Vorschrift des § 310 hat der Entwurf dem Imploranten

---

[1]) Eine solche Prüfung von Amtswegen cessirt also bei versäumter Nothfrist zur Erhebung der Anfechtungsklage (§ 835) und der Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs (§ 870).

[2]) Wie schon in den Motiven zu § 212 ausgesprochen wurde. Vergl. die Bemerk. zu diesem.

deshalb den Einspruch versagt. Unter der Voraussetzung des § 474 steht ihm jedoch noch Berufung, bezw. Revision offen.[3])

„Das Gericht kann jedoch". Schon aus der Befugniß, daß das Gericht die Verhandlung trennen kann, ergiebt sich, daß eine Verhandlung stattzufinden hat, und ohne solche die Abweisung des Restitutionsgesuchs unzulässig ist, wie denn auch Abs. 2 des § ausdrücklich der Anfechtung der Entscheidung (natürlich nach dem Termine, der ja auch in § 214 Abs. 3 vorausgesetzt wird) erwähnt wird. Die Wiedereinsetzung ist, wenn begründet, immer zu gewähren, auch wenn sie voraussichtlich ohne Erfolg ist, denn die Kosten muß ja ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses immer der Impetrant tragen.

Die gesonderte Verhandlung wird durch ein Zwischenurtheil erledigt (§ 275).[4])

„Auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags". Das Gericht hat also z. B. zu prüfen, ob die nachzuholende Prozeßhandlung nicht von Amtswegen zurückzuweisen ist und in diesem Falle auch das Restitutionsgesuch von Amtswegen zurückzuweisen.[5])

„auf die Anfechtung der Entscheidung". Die Entscheidung auf das Restitutionsgesuch ist unanfechtbar, wenn die Entscheidung über die nachgesuchte Prozeßhandlung selbst unanfechtbar ist. Wird in einem Zwischenurtheil über das Restitutionsgesuch entschieden, so ist dieses Zwischenurtheil nicht anfechtbar, denn trotz der Verwerfung oder Zulassung des Restitutionsgesuchs ist noch über die nachgeholte Prozeßhandlung, Berufung u. s. w. selbst zu entscheiden und ist gegen eine solche Entscheidung ein Rechts-

---

[3]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 206—208 Abs. 3.

[4]) Mit Unrecht behauptet Uebel, Comm. d. C.P.O., daß sich die Bestreitung des Antrags auf Wiedereinsetzung als prozeßhindernde Einrede darstelle und die Vorschriften der §§ 243 und 248 anwendbar seien. „Als solche Einreden sind nur anzusehen" sagt § 247 Abs. 2, aber die Einrede der Unzulässigkeit der Wiedereinsetzung ist in der folgenden Aufzählung nicht aufgeführt. Auch wäre die Bestimmung: „Das Gericht kann jedoch" und Abs. 2 des § mit § 248 Abs. 2 gar nicht vereinbar.

[5]) Aber auch in diesem Falle ist eine mündliche Verhandlung nicht zu umgehen.

mittel zulässig, so ist mit diesem die Anfechtung gegen die Entscheidung über das Restitutionsgesuch zu verbinden.

„soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind“. Also z. B. im Falle des § 213, wenn der Implorat mit Unrecht behauptet, daß der Implorant nicht spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Nothfrist dem Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber das zuzustellende Schriftstück ausgehändigt habe bezw. habe zustellen lassen, der Gerichtsvollzieher den Tag der Uebergabe auf der Abschrift nicht bemerkt hat und ein anderer Nachweis zu führen ist, die Kosten des gelieferten Nachweises.

Außerdem kann im Falle des § 215 der Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber unter der Voraussetzung des § 97 zur Tragung der betreffenden Kosten verurtheilt werden.

Fünfter Titel.

Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

§ 217.

Im Falle des Todes einer Partei tritt eine Unterbrechung des Verfahrens bis zu dessen Aufnahme durch die Rechtsnachfolger ein.

Wird die Aufnahme verzögert, so können die Rechtsnachfolger zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache geladen werden.

Der die Ladung enthaltende Schriftsatz ist den Rechtsnachfolgern selbst zuzustellen. Die Ladungsfrist wird von dem Vorsitzenden bestimmt.

Erscheinen die Rechtsnachfolger in dem Termine nicht, so ist auf Antrag die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen und von dem Gerichte durch Versäumnungsurtheil auszusprechen, daß das Verfahren von den Rechtsnachfolgern aufgenommen sei. Eine Verhandlung zur Hauptsache ist erst nach Ablauf der Einspruchsfrist und, wenn innerhalb derselben Einspruch eingelegt ist, erst nach dessen Erledigung statthaft.

Die Begründung zum fünften Titel (§§ 209—221 des Entwurfs) fährt nach der zu § 228 angegebenen Stelle fort: Es können aber auch von dem Willen der Parteien unabhängig Umstände eintreten, welche einen vollständigen Stillstand des Prozesses fordern. Dieser nothwendige allen Rechten bekannte Stillstand tritt entweder kraft des Gesetzes unmittelbar mit dem bezüglichen Ereignisse ein (Unterbrechung) oder er wird vom Gerichte angeordnet (Aussetzung).[1] In beiden Fällen bedarf es einer Aufnahme des unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens — zu unterscheiden von der Wiederaufnahme durch Nichtigkeitsklage und durch die Restitutionsklage (§§ 541 ff.).

Eine Unterbrechung des Verfahrens tritt ein

1) in den Fällen des Todes, des Verlustes der Prozeßfähigkeit oder des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters einer Partei, sofern der Prozeß für sie nicht von einem Bevollmächtigten geführt wird (§§ 217, 219, 223);

2) im Falle der gerichtlichen Konkurseröffnung, wenn der Prozeß nach den Vorschriften des Konkursrechts die Konkursmasse betrifft (§ 218);

3) im Falle des Aufhörens der Thätigkeit des Gerichts in Folge eines Kriegs oder sonstigen Ereignisses (justitium) (§ 222);

4) in Anwaltsprozessen im Falle des Todes des Anwalts oder des Verlustes seiner Fähigkeit, die Vertretung der Partei fortzuführen.

Eine Aussetzung des Verfahrens kann auf Antrag angeordnet werden, wenn in den unter Nr. 1 erwähnten Fällen die Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten war (§ 223); sie kann auch von Amtswegen angeordnet werden, wenn die Partei sich zu Kriegszeiten im Militärdienste befindet oder wenn sie sich in einem durch obrigkeitliche Anordnung, durch Krieg oder andere Zufälle vom Verkehr mit dem Prozeßgerichte abgeschnittenen Orte aufhält (§ 224).[2]

---

[1]) Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs wurde eine systematische Sonderung von Unterbrechung und Aussetzung umgangen. Prot. z. nordd. E. S. 409.

[2]) Sie tritt also nicht wie die Unterbrechung ipso jure ein.

Die Fälle zulässiger Aussetzung sind jedoch in diesem Titel nicht erschöpft; andere Fälle behandelt der Entwurf im Zusammenhange mit dem einschlägigen Verhältnisse, welches zur Aussetzung führt. So kann der Hauptprozeß auf Antrag im Falle der Hauptintervention (§ 62), von Amtswegen im Falle der Präjudizialität eines andern Prozeß-, Straf- oder Verwaltungsverfahrens (§§ 139, 140) und in Ehesachen zum Zwecke der Wiederaussöhnung der Parteien (§ 580) ausgesetzt werden. Endlich sind durch § 15 Nr. 1 des Einführungsgesetzes die landesgesetzlichen Vorschriften über Einstellung des Verfahrens bei Kompetenzkonflikten aufrecht erhalten.[3])

Wie eingreifend die richterliche Anordnung der Aussetzung des Verfahrens ist, weil sie zur Versagung des rechtlichen Gehörs führen, zur Justizverweigerung werden kann, liegt auf der Hand. Es darf daher als selbstverständlich angenommen werden, daß das Gericht dazu nur in den gesetzlich bestimmten Fällen befugt ist. Auch der Entwurf deutet dies in § 229 an.

Die Fälle der Unterbrechung bestimmt die zwingende Natur der Thatsachen. Diesen liegt der gemeinsame Gedanke zu Grunde, daß, wenn in einem Prozesse ein Ereigniß eintritt, durch welches eine Partei ihrem Gegner unvertheidigt gegenübersteht, der Rechtsstreit so lange einhalten muß, bis der Partei Gelegenheit geboten ist, für ihre Vertheidigung und Vertretung ihrer Rechte Sorge zu tragen.

„Im Falle des Todes einer Partei" bezieht sich selbstverständlich auf die Partei selbst und nicht auf deren Vertreter oder Prozeßbevollmächtigten (§§ 221, 223), setzt vielmehr den Mangel dieser Personen voraus.[4]) Die Vollmacht erstreckt sich über den Tod des Vollmachtgebers hinaus (§ 82), der Tod der Partei unterbricht bei dem Vorhandensein eines Prozeßbevollmächtigten, wie schon in den Motiven bemerkt,[5]) das Verfahren nicht, sondern

---

[3]) Vergl. S. 547.

[4]) Deshalb wird auch der Anwaltsprozeß durch den Tod einer Partei unterbrochen, wenn diese noch keinen Anwalt bestellt hatte.

[5]) Vergl. Nr. 1 der vorstehend angeführten Stelle.

rechtfertigt nur im Anwaltsprozesse eine Aussetzung des Verfahrens auf Antrag (§ 223). Die angeführten Worte beziehen sich auch nicht auf das Erlöschen der Existenz einer juristischen Person, während in §§ 218 und 219 eine solche unter „Partei" mitbegriffen ist.

Es ist § 217 anzuwenden, wenn eine Partei aus mehreren physischen Personen (Streitgenossen) besteht und eine derselben stirbt, den Fall des § 59 ausgenommen, und selbst diese Ausnahme wird nicht immer Platz greifen können, wenn z. B. die übrigen Streitgenossen einen Termin, eine Frist aus Nachlässigkeit versäumen, während die Rechtsnachfolger gehandelt hätten. In allen übrigen Fällen tritt die Regel des § 58 ein und ist der präsumtive Rechtsnachfolger der verstorbenen Partei, auch wenn sie Streitgenossen hatte, ebenso unvertheidigt, als wenn sie den Prozeß allein führte. Mit den übrigen Streitgenossen und Gegnern wird aber der Prozeß fortgesetzt.

„bis zu dessen Aufnahme durch den Rechtsnachfolger". Der Ausdruck „Rechtsnachfolger" umfaßt nicht blos den Universalsuccessor, sondern alle Fälle, in welchen kraft des Gesetzes ein Prozeß auf gewisse Nachfolger (in das betreffende Rechtsverhältniß) übergeht.[6])

„tritt eine Unterbrechung — ein". Der Tod der Partei bewirkt die Unterbrechung des Verfahrens mit den in § 226 angeführten Folgen, auch wenn der Tod dem Gerichte und der Gegenpartei unbekannt blieb.[7]) Erscheint in dem Termine zur mündlichen Verhandlung für die verstorbene Partei kein zu ihrer Vertretung Berechtigter, so ist ein erlassenes Kontumazialurtheil ungültig.

Das Verfahren kann unterbrochen werden bis zu dessen vollständiger Beendigung. Die Beendigung eines Verfahrens tritt aber erst mit der Zustellung eines rechtskräftigen, keiner Anfechtung mehr ausgesetzten Endurtheils ein (§§ 228, 485, 520, 645, 671).

---

[6]) Prot. z. nordd. E. S. 429. Vergl. übrigens §§ 236, 237.

[7]) Bes. Begr. d. E. zu §§ 209—221. Prot. z. nordd. E. S. 413.

„Wird die Aufnahme verzögert". Im Falle des Todes einer Partei erfolgt die Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens durch die Erklärung der Rechtsnachfolger, daß sie das Verfahren fortsetzen wollen. Diese Erklärung ist in Gemäßheit des § 227 durch Zustellung eines Schriftsatzes abzugeben. Wird die Aufnahme verzögert, so kann dieselbe erzwungen werden. Das Verfahren, welches in einem solchen Falle einzuschlagen ist, wird durch die Bestimmungen des § 217 Abs. 2—4 geregelt.[8])

In welchen Fällen eine Verzögerung anzunehmen ist, wird nicht erwähnt, auch läßt der § unentschieden, wer das Vorhandensein einer Verzögerung zu beurtheilen hat, aber der Abs. 3 kann erst zur Anwendung kommen, wenn eine Verzögerung vorliegt. Indessen wird man doch dem Gerichte die Beurtheilung dieser Frage überlassen müssen, und eine Verzögerung kann sicher nicht angenommen werden, so lange ein Rechtsnachfolger von der Existenz des Rechtsstreits keine Kenntniß hat.

„so können die Rechtsnachfolger — geladen werden". Voraussetzung der Ladung ist immer das Vorhandensein der Verzögerung in der Aufnahme des Verfahrens. Kann der Vorsitzende die Ansetzung eines Termins verweigern, weil eine Verzögerung nicht vorliegt? Sicher nicht, ebenso wenig als wenn er eine Klage für unbegründet hält. Aber das Gericht kann, wenn im Termine die Rechtsnachfolger nicht erscheinen, bezw. nicht durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten werden, bei der Annahme, daß eine Verzögerung nicht vorgelegen, kein Versäumungsurtheil erlassen (§ 300 Abs. 1).

Dem Gegner der verstorbenen Partei bleibt überlassen, welche bestimmte Personen er als muthmaßliche Erben in den Prozeß hineinziehen will. Es hat also die Partei die den Erben nach Landesrecht zustehende Deliberationsfrist bei der Ladung nach Abs. 2 nicht zu berücksichtigen.[9]) Wenngleich der Erbe, der neccessarius ausgenommen, vor Antritt der deferirten Erbschaft

---

[8]) Bes. Begr. d. E. zu § 209.

[9]) Dem Gerichte steht es aber frei, ob es bei einer so kurzen Deliberationsfrist, wie sie z. B. preuß. L.R. Thl. I Tit. 9 § 384 bestimmt ist, vor Ablauf dieser eine Verzögerung annehmen will.

als „Rechtsnachfolger" nicht erscheint, trifft ihn doch bei seinem Ausbleiben im Termine nach Abs. 3 des Paragraphen das angedrohte Präjudiz.[10]) Sind mehrere Rechtsnachfolger vorhanden, von denen nur ein Theil in den Prozeß eintritt, so können die Uebrigen nach § 217 geladen werden und unterliegen dem Versäumungsurtheile vorbehaltlich der Bestimmungen des § 59. Die geladenen Personen können aber die Rechtsnachfolge bestreiten, darin liegt die Einrede der mangelnden Passivlegitimation und hiernach richtet sich das weitere Verfahren.

„Eine Verhandlung zur Hauptsache". Erscheinen die Rechtsnachfolger und bestreiten die Passivlegitimation, so liegt hierin schon eine Verhandlung zur Hauptsache, erscheinen sie aber nicht, so kann, auch wenn die Ladung zur Verhandlung mit der Ladung zur Verhandlung der Hauptsache verbunden war, in der Hauptsache kein Versäumungsurtheil erlassen werden, es muß vielmehr nach Erledigung eines Einspruchs oder Ablauf der Einspruchsfrist eine neue Ladung zur Verhandlung in der Hauptsache an die nunmehr als Partei zu betrachtenden Rechtsnachfolger ergehen. Dieselbe ist als Fortsetzung der früheren Verhandlung zu betrachten und können hier die Rechtsnachfolger Alles von dem Rechtsvorfahrer Versäumte nachholen,[11]) soweit es dieser gekonnt hätte. Eine Beschränkung tritt also z. B. ein in den Fällen der §§ 319, 252, 494, 502.

„Der Schriftsatz — ist den Rechtsnachfolgern selbst zuzustellen". Also müssen die muthmaßlichen Rechtsnachfolger als solche bekannt sein. Das „selbst" ist aber nicht gleichbedeutend mit „persönlich". Im norddeutschen Entwurf § 385 Absatz 1 ist bestimmt: Der die Ladung enthaltende Schriftsatz ist den Rechtsnachfolgern selbst, und wenn ein von der verstorbenen Partei ernannter Prozeßbevollmächtigter vorhanden ist, auch diesem zu-

---

[10]) Prot. z. norbd. E. S. 424—427. Es handelt sich um eine erzwungene Reassumtion und um Feststellung, ob die von dem Gegner aufgeforderten Personen in der That auch die Rechtsnachfolger sind. Vergl. auch Motive des preuß. Entw. zu §§ 767—771.

[11]) Vergl. die Bemerk. S. 429.

zustellen.[12]) Das „selbst" ist also nur als Gegensatz zu dem weiteren Zusatz, den unsere Civilprozeßordnung nicht aufgenommen hat, gewählt worden.[13]) Die Ladung an die muthmaßlichen Rechtsnachfolger richtet sich daher nach den §§ 152 ff.

„Die Ladungsfrist wird von dem Vorsitzenden bestimmt". Der norddeutsche Entwurf § 385 Abs. 2 bestimmt: „Den Rechtsnachfolgern muß von dem Tage der Zustellung bis zum Termine der Einlassungsfrist frei bleiben." Diese Bestimmung war nach den §§ 193, 194, 234 nicht nothwendig. Aber der Vorsitzende ist nun an diese §§ gar nicht gebunden, er bestimmt die Ladungsfrist den gegebenen Umständen gemäß nach freiem Ermessen.

Ueber den Einfluß des Todes der Partei auf das Vollstreckungsverfahren sind die §§ 693 ff. zu vergleichen.

§ 218.

Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei wird das Verfahren, wenn es die Konkursmasse betrifft, unterbrochen, bis dasselbe nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen oder das Konkursverfahren aufgehoben wird.

Die Motive bemerken hiezu: Der Entwurf konnte über die Wirkungen der Konkurseröffnung auf anhängige Prozesse des Gemeinschuldners ein Mehreres nicht vorschreiben, als daß das Verfahren unterbrochen wird, wenn es die Konkursmasse betrifft. Die Interessen der Gläubiger können nur auf diesem Wege gewahrt werden. In Betreff der Erzwingung der Wiederaufnahme findet die den § 217 gleiche Behandlung in der Aehnlichkeit der Verhältnisse ihre Rechtfertigung.[1]) Das Weitere ergeben die Bestimmungen der Konkursordnung. Wird der Konkurs ganz auf-

---

[12]) Das bezieht sich auf unsern § 223.

[13]) Prot. z. nordd. E. S. 421, 423. Wenn die Motive zu § 231 (§ 213 d. Entw.) von der in Person geladenen Partei sprechen (Bemerk. zu § 230 unter „wird die Anzeige verzögert") so ist das nicht anders zu verstehen.

[1]) Dieser Satz bezieht sich auf Absatz 2 des Entwurfs, welcher von der Justizkommission abgelehnt wurde, wie nachstehend erörtert wird.

gehoben, so kann selbstredend jeder Theil das Verfahren wieder aufnehmen,[2]) aber nach den Bestimmungen des § 227.

„wird das Verfahren, wenn es die Konkursmasse betrifft". Auf eine Anfrage des Abgeordneten Dr. Gneist bemerkte der Vertreter des Bundesraths v. Hagens, daß die zufolge des § 218 eintretende Unterbrechung sich sowohl auf einen die Aktiv- wie auf einen die Passivmasse betreffenden Prozeß erstrecken solle.[3]) Das Verfahren wird aber entgegen den Voraussetzungen der §§ 219, 220 durch die Konkurseröffnung auch dann unterbrochen, wenn der Kridar einen Prozeßbevollmächtigten hatte und sich der Rechtsstreit auf die Konkursmasse bezieht.

„wenn es die Konkursmasse betrifft" oder, wie § 8 der Konkursordnung sagt „über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen". Was das zur Konkursmasse gehörige Vermögen ist, wird in § 1 der Konkursordnung angegeben; hienach gehört hiezu das gesammte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und der ihm während des Verfahrens nach den Landesrechten zustehende Nießbrauch an dem Vermögen seiner Ehefrau oder seiner Kinder.

Die Motive zu § 8 der Konkursordnung bemerken hiezu: „Prozesse, welche sich lediglich auf die Person des Gemeinschuldners beziehen, Statusklagen,[4]) Klagen auf Anerkennung der Vaterschaft, auf Vollziehung oder Scheidung der Ehe, auf Ertheilung des Ehekonsenses, Klagen auf Leistung und Unterlassung individuell persönlicher Handlungen, auf förmliche Vollziehung eines Vertrags, auf Rechnungslegung u. s. w. können ohne Rücksicht auf das Konkursverfahren sowohl von dem Gemeinschuldner als gegen ihn angestrengt und fortgesetzt werden. Ebenso Klagen, welche zwar einen vermögensrechtlichen Anspruch, aber nicht aus der

---

[2]) Bef. Begr. d. E. zu § 210.

[3]) Prot. d. J.K. S. 76.

[4]) Selbst dann nicht, wenn die Entscheidung auf das Vermögen des Cridars von Einfluß ist z. B. ob der Cridar legitimer Nachkomme des Erblassers und in den Besitz der Erbschaft zu setzen ist. Der Prozeß betrifft nicht die Konkursmasse.

Konkursmasse verfolgen. Dahin sind nicht blos Gegenstände zu rechnen, welche aus der Konkursmasse dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung überlassen wurden; es gehören dahin namentlich auch die Rechtsansprüche aus den neuen, nach der Konkurseröffnung unternommenen Rechtsgeschäften; auch Konkursforderungen sind nicht davon ausgenommen, sofern nicht ihre Berichtigung aus der Konkursmasse verlangt wird.[5])

„nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen". Die Konkursordnung bestimmt in § 8: „Rechtsstreitigkeiten über das zur Konkursordnung gehörige Vermögen, welche zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens für den Gemeinschuldner anhängig sind, können in der Lage, in welcher sie sich befinden, von dem Konkursverwalter aufgenommen werden. Wird die Aufnahme verzögert, so kommen die Bestimmungen des § 217 der Civilprozeßordnung zur entsprechenden Anwendung.

Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreits ab, so kann sowohl der Gemeinschuldner als der Gegner denselben aufnehmen."

Der zweite Satz des ersten Absatzes war im Entwurfe dem § 218 der Civilprozeßordnung angefügt, wurde hier aber auf Antrag des Reichstagsabgeordneten Thilo gestrichen, wobei der Vertreter des Bundesraths Regierungsrath v. Hagens bemerkte, durch die zur Konkursordnung gefaßten Beschlüsse sei die Zahl derjenigen Fälle, wo die Vorschrift des § 218 Abs. 2 zur Anwendung kommen könne, auf einen einzigen Fall — den des § 8 Abs. 1 der Konkursordnung — reduzirt worden, so daß es sich empfehle, die Vorschriften der Civilprozeßordnung zu beseitigen und den allein noch übrigen Fall in der Konkursordnung zu regeln.[6])

„oder das Konkursverfahren aufgehoben wird". Dieser Zusatz erfolgte auf Antrag des Reichstagsabgeordneten Struckmann. Regierungsrath v. Hagens bemerkte hiezu: Der Entwurf der Konkursordnung treffe in den §§ 8—10, 134 Bestimmungen

---

[5]) Bes. Begr. d. E. der Konkursordn. zu §§ 8 u. 9.

[6]) Prot. d. J.K. S. 667.

darüber, von wem, wann und wie die durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Prozesse des Gemeinschuldners während des Konkurses aufgenommen werden können, die Frage hingegen, wie es mit diesen Prozessen zu halten sei, wenn bis zur Aufhebung des Konkurses eine Aufnahme nicht erfolgte, liege außerhalb des Bereichs der Konkursordnung. Eine analoge Anwendung der §§ 217 ff. der Civilprozeßordnung auf diese Fälle würde zu großen Unzuträglichkeiten führen. Die durch die Konkurseröffnung eingetretene Unterbrechung müsse mit der Aufhebung des Konkurses von selbst ein Ende nehmen; dies liege im Sinne des Entwurfs. Da aber Zweifel aufkommen möchten, so sei die Annahme des Antrags Struckmann wünschenswerth.[7])

Aufhebung des Konkursverfahrens und Einstellung desselben sind in den Folgen gleich (§ 152 der Konkursordnung verglichen mit § 192). Nach Aufhebung des Konkurses ist das unterbrochene Verfahren von dem bisherigen Gemeinschuldner fortzusetzen. Die Frage, ob über einen Nachlaß der Konkurs zu eröffnen und ein Konkursverwalter aufzustellen sei, regelt die Konkursordnung (§§ 202—206 der Konkursordnung).

§ 219.

Verliert eine Partei die Prozeßfähigkeit oder stirbt der gesetzliche Vertreter einer Partei oder hört die Vertretungsbefugniß desselben auf, ohne daß die Partei prozeßfähig geworden ist, so wird das Verfahren unterbrochen, bis der gesetzliche Vertreter oder der neue gesetzliche Vertreter von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht, oder bis der Gegner seine Absicht, das Verfahren fortzusetzen, dem Vertreter anzeigt.

„Verliert eine Partei“ u. s. w. Vergleiche hierüber die Bemerkungen zu §§ 50, 51. Der § 219 trifft die Fälle, in denen eine Partei oder deren gesetzlicher Vertreter nicht durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten wurde. — Der Wirkung des Todes einer Partei steht prozessualisch gleich der Verlust

[7]) Prot. d. J.K. S. 76.

ihrer Prozeßfähigkeit, bezw. der Wegfall ihres gesetzlichen Vertreters, sofern Letzteres nicht etwa Folge der eingetretenen Handlungs- und Prozeßfähigkeit der Partei selbst ist.[1]) Unzweifelhaft gehört der nach § 55 aufgestellte Litiskurator zu den in § 219 aufgeführten gesetzlichen Vertretern, dessen Befugnisse zur Vertretung aufhören, wenn der neue gesetzliche Vertreter an seine Stelle tritt,[2]) was schon durch die im § angeführte Anzeige der Bestellung geschieht.

„oder stirbt der gesetzliche Vertreter". Hat aber eine Partei mehrere gesetzliche Vertreter, so scheidet § 219 so lange aus, bis auch der letzte Vertreter gestorben ist, denn nur wenn alle weggefallen sind (sei es durch Tod oder Verlust der Vertretungsbefugniß) ist die Partei nicht mehr vertreten.

„ohne daß die Partei prozeßfähig geworden ist". Ist sie dies, so fällt die Vertretung ohnedies fort, sie hat den Prozeß weiter zu führen, auch wenn ihr Vertreter stirbt.

„so wird das Verfahren unterbrochen" u. s. w. Die Thatsache des Verlusts der Prozeßfähigkeit, des Todes des Vertreters an und für sich unterbricht das Verfahren, auf die Kenntniß des Gegners oder des Gerichts kommt es, wie schon zu § 217 erwähnt, nicht an. Die Motive bemerken hiezu: „Die Dauer der Unterbrechung könnte noch abgekürzt werden, wenn nach Analogie des § 55 dem Gerichte die Befugniß zur Bestellung eines provisorischen Vertreters beigelegt würde. Man hat von einer solchen Vorschrift abgesehen, weil sie tief und ohne Noth in die Rechte der Partei eingreifen würde." Hat also eine prozeßunfähige beklagte Partei einen Litiskurator nach § 55 und der neue Vertreter stirbt nach der Anzeige seiner Bestellung, so tritt Unterbrechung des Verfahrens ein, ein zweiter Litiskurator kann nicht aufgestellt werden.

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 211.

[2]) Aber für dessen Aufstellung zu sorgen ist nicht Sache der Civilprozeßordnung. Hier kommen die landesrechtlichen Bestimmungen im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Anwendung. Der Vorsitzende ist nicht einmal verbunden der betreffenden Curatelbehörde anzuzeigen, daß er für einen Minderjährigen, für den auch kein Vormund bestellt ist, einen Litiskurator nach § 55 aufgestellt habe.

„von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht". Daraus geht hervor, daß der Vertreter ein wirklich bestellter gesetzlicher Vertreter, dessen Berechtigung und Prozeßfähigkeit das Gericht zu prüfen hat,[3]) sein muß, wenn dessen Anzeige die Unterbrechung beenden soll. Die Anzeige erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes (§ 227), eine besondere Aufnahmserklärung findet nicht statt.

„oder bis der Gegner — dem Vertreter anzeigt", d. h. dem neuen Vertreter, wenn dieser selbst mit der Anzeige seiner Bestellung zögert.

Die Betreibung der Aufstellung eines neuen gesetzlichen Vertreters bei der Kuratelbehörde oder wo sonst solche zu geschehen hat, muß der Gegenpartei überlassen bleiben.

§ 220.

Wird im Falle der Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod einer Partei für den Nachlaß ein Kurator bestellt, so kommen die Vorschriften des § 219 und, wenn über den Nachlaß der Konkurs eröffnet wird, die Vorschriften des § 218 in Betreff der Aufnahme des Verfahrens zur Anwendung.

Der § 220 setzt gleichfalls voraus, daß bei dem Tode der Partei diese durch einen Prozeßbevollmächtigten nicht vertreten war und bestimmt, daß, wenn nach dem Tode einer Partei ein Kurator aufgestellt wurde und es soll das durch den Tod unterbrochene Verfahren wieder aufgenommen werden, nach den Bestimmungen des § 219 — also nicht § 217 — verfahren werden soll, wenn aber über den Nachlaß der Konkurs eröffnet wird, nach § 218. Damit wird ausgesprochen, daß nicht die Aufstellung des Kurators, sondern erst seine oder des Prozeßgegners Anzeige nach § 219 die Unterbrechung wieder hebt.

Ist aber über den Nachlaß der verstorbenen Partei der Konkurs eröffnet worden, so wird die durch den Tod der Partei eingetretene Unterbrechung des Verfahrens wieder aufgehoben, wenn dasselbe nach den Bestimmungen des § 218 wieder aufgenommen oder das Konkursverfahren wieder aufgehoben wird.

[3]) Vergl. die Bemerk. z. §§ 50, 54.

Ueber das erbschaftliche Liquidations-Verfahren siehe § 28 Seite 199.

§ 221.

Stirbt in Anwaltsprozessen der Anwalt einer Partei oder wird derselbe unfähig, die Vertretung der Partei fortzuführen, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens ein, bis der bestellte neue Anwalt von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht.

Wird diese Anzeige verzögert, so kann die Partei selbst zur Verhandlung der Hauptsache geladen oder zur Bestellung eines neuen Anwalts binnen einer von dem Vorsitzenden zu bestimmenden Frist aufgefordert werden. Wird dieser Aufforderung nicht Folge geleistet, so ist das Verfahren als aufgenommen anzusehen. Bis zur nachträglichen Anzeige der Bestellung eines neuen Anwalts können alle Zustellungen an die zur Anzeige verpflichtete Partei, sofern diese weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks wohnt, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, durch Aufgabe zur Post (§ 161) erfolgen.

„Stirbt in Anwaltsprozessen". Vorausgesetzt wird natürlich, daß der Anwalt schon bestellt war. Für die Bevollmächtigung bezw. Bestellung mehrerer Anwälte gilt das bezüglich mehrerer Vertreter zu § 219 Bemerkte.

Die Motive zu §§ 209—221 fahren am Schlusse der zu § 217 angeführten Stelle fort: „Daraus erklärt sich § 223 Abs. 1 und die Beschränkung auf Anwaltsprozesse."[1])

Die Partei darf ihrem Gegner nicht unvertheidigt gegenüberstehen. Die Motive zu § 221 sagen deshalb: „Der Anwaltszwang bringt es mit sich, daß der Tod des Anwalts oder das gänzliche oder theilweise Ausscheiden desselben aus der Anwaltschaft die Partei momentan unvertheidigt oder unvertreten macht. Zur Hebung dieses Hindernisses bedarf es aber keines formellen Reassumtionsakts. Die Partei braucht nur eine neue Wahl zu treffen und dem Gegner davon Anzeige machen zu lassen.

---

[1]) Auch bei Berathung des nordd. Entwurfs wurde ein Antrag die Bestimmungen des § 221 für den Parteiprozeß in Anwendung zu bringen, abgelehnt. Prot. z. nordd. E. S. 419.

Wenn dagegen im Parteiprozesse der Anwalt oder sonstige Prozeßbevollmächtigte einer Partei wegfällt, so befindet sie sich in gleicher Lage, wie wenn die Vertretung einer Partei aufhört, weil sie selbst prozeßfähig geworden. In beiden Fällen nimmt der Entwurf eine Unterbrechung des Verfahrens nicht an."[2])

„wird derselbe unfähig die Vertretung der Partei fortzuführen". Das ist der Fall bei Verurtheilung zu einer Zuchthausstrafe, Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte oder der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter, bei Erkennung auf Verlust der Advokatur.[3]) Ein theilweises Ausscheiden tritt ein bei temporärer Entziehung der Advokatur.[4]) Dagegen macht eine Kündigung auch von Seite des Vollmachtgebers den Prozeßbevollmächtigten nicht unfähig, die Partei weiter zu vertreten, vielmehr ist der Prozeßbevollmächtigte die Vertretung fortzusetzen berechtigt, bis für einen Ersatz gesorgt ist.[5]) Stirbt der Anwalt einer Partei, und, ehe ein neuer Anwalt bestellt wurde, die Partei selbst, so ist nach § 217 zu verfahren.

„tritt eine Unterbrechung des Verfahrens ein". Da fragt es sich, ob das Gericht, wenn es Nachricht von dem Tode des Anwalts erhält, zu einem Termine vorgeladene Zeugen abbestellen darf u. dergl. Die Frage wird zu bejahen sein. Nicht in der Aufhebung des Termins, der jeder Zeit von Neuem anberaumt werden kann, liegt eine amtliche Thätigkeit, sondern in der Abhaltung desselben.

„dem Gegner Anzeige macht". Diese kann von dem Gegenanwalt erfolgen (§ 181).

„Wird diese Anzeige verzögert". Hier sind die Bemerkungen zu § 217 unter „wird die Aufnahme verzögert" zu vergleichen und analog anzuwenden. Anders aber verhält es sich bei der dem Imploranten eingeräumten zweiten Alternative des Absatz 2 des § 221. Der Gegner der nicht vertretenen Partei hat hier

---

[2]) Bes. Begr. d. E. zu § 213.

[3]) St.G.B. f. d. deutsche Reich §§ 31 Abs. 2, 33, 35 Abs. 2, 81, 83, 84, 87--91, 94, 95. Rechtsanwaltsordn. §§ 21, 22, 23, 63 Nr. 4, 96.

[4]) St.G.B. f. d. deutsche R. §§ 352, 358.

[5]) Vergl. S. 405, 408.

einen Schriftsatz behufs Zustellung an die Gegenpartei einzureichen, zugleich aber an den Vorsitzenden das Ansuchen um Bestimmung der in Abs. 2 des § 221 bezeichneten Frist zu stellen. Hier kann lediglich dem Vorsitzenden die Beurtheilung überlassen bleiben, ob eine Verzögerung vorliegt, er kann ohne diese Voraussetzung die Bestimmung einer Frist zur Bestellung eines neuen Anwalts verweigern und gegen diese Entscheidung steht dem Imploranten das Rechtsmittel der Beschwerde zu, weil ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen wurde (§ 530).

Schon die Anzeige hebt die Unterbrechung auf. Ebenso nimmt aber mit Ablauf der von dem Vorsitzenden zur Bestellung eines neuen Anwalts bestimmten Frist die Unterbrechung des Verfahrens ipso jure ein Ende. Das gleiche Verfahren tritt ein, wenn die zur Verhandlung der Hauptsache in Person geladene Partei[6]) ausbleibt, bezw. nicht durch einen Anwalt auftritt, ohne daß es, eben weil keine formelle Reassumtion erforderlich, eines besonderen Versäumungsurtheils über die Wiederaufnahme bedarf.[7]) Das Versäumungsverfahren ergeht in solchem Falle zur Hauptsache nach allgemeinen Regeln.[8])

„kann die Partei selbst geladen werden". Ueber die Bedeutung des Wortes „selbst" vergleiche die Bemerkungen zu § 217 unter „ist den Rechtsnachfolgern selbst zuzustellen". Wird die Partei selbst geladen, so folgt hieraus nicht, daß sie sich entgegen dem Prinzip des § 74 selbst vertreten darf. Erscheint sie ohne Anwalt oder für sie kein Anwalt, so gilt sie als ausgeblieben. Die Ladung an sie erfolgt lediglich auf Grund des § 192 und nach dessen Bestimmungen, auch muß die Terminsbestimmung hier der Vorschrift der §§ 193, 194 entsprechen.

In der vom Absatz 2 des § 221 der Partei gegebenen Alternative hat übrigens dieselbe ganz freie Wahl.

„sofern diese weder am Orte des Prozeßgerichts — durch Aufgabe zur Post erfolgen". Es fällt also hier die vorher auf

---

[6]) Vergl. zu dieser Bemerkung der Motive § 217 Anm. 13.

[7]) Aber in der Hauptsache kann kein Versäumnißurtheil erlassen werden wenn die Anzeige nach Ansicht des Gerichts nicht verzögert wurde.

[8]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

Antrag zu veranlassende Aufstellung eines Insinuationsmandatars (§ 160) hinweg. Vorausgesetzt wird aber, daß der Aufenthalt der Partei bekannt ist, das Gesetz sagt nur „können alle Zustellungen — durch Aufgabe zur Post erfolgen" ohne den sonst gebotenen Zustellungsmodus auszuschließen.

§ 222.

Hört in Folge eines Krieges oder eines anderen Ereignisses die Thätigkeit des Gerichts auf, so wird für die Dauer dieses Zustandes das Verfahren unterbrochen.

Andere Entwürfe (§ 759 des preuß. Entw.) haben noch die Bestimmung „von Rechtswegen" (unterbrochen). Der Zusatz ist unnöthig.

„oder eines andern Ereignisses". Hieher können gerechnet werden der Tod des Amtsrichters, wenn kein zweiter vorhanden, die plötzliche Erkrankung so vieler Mitglieder eines Kollegialgerichts, daß dieses beschlußunfähig ist u. dergl.

Mit dem Wegfallen des Hindernisses z. B. in dem letzterwähnten Beispiele durch den Eintritt von Hülfsrichtern hört die Unterbrechung auf.

Es ist hier indessen auf § 36 Nr. 1 hinzuweisen. Das Justitium kann dadurch beseitigt werden, daß ein anderes Gericht als zuständiges bestimmt wird.[1])

§ 223.

Fand in den Fällen des Todes, des Verlustes der Prozeßfähigkeit oder des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters (§§ 217, 219) eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten statt, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens nicht ein; das Prozeßgericht hat jedoch auf Antrag des Bevollmächtigten, im Falle des Todes auch auf Antrag des Gegners die Aussetzung des Verfahrens anzuordnen.

Die Dauer der Aussetzung und die Aufnahme des Verfahrens richtet sich nach Vorschriften der §§ 217, 219, 220; im

[1]) Vergl. S. 227 Nr. 1.

Falle des Todes ist der die Ladung enthaltene Schriftsatz auch dem Bevollmächtigten zuzustellen.

„Fand in den Fällen des Todes", d. h. des Todes der Partei, der Tod des gesetzlichen Vertreters ist durch Inklavirung des § 219 neben § 217 vorgesehen.

„eine Vertretung durch einen Bevollmächtigten statt." Während in den Fällen der §§ 217, 219 die Partei dem Gegner unvertreten und unvertheidigt gegenüber stehen würde, falls keine Unterbrechung des Verfahrens eintreten würde, läßt sich dies nicht sagen, wenn ein Prozeßbevollmächtigter bestellt war. Die Vollmacht wird weder durch den Tod des Vollmachtgebers, noch durch eine Veränderung in Betreff seiner Prozeßfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben (§ 82); der Bevollmächtigte bleibt zur Fortführung des Rechtsstreits berechtigt und verpflichtet.[1]) Gleichwohl bleibt die Veränderung, welche in der Person einer Partei durch Tod rc. eintritt, ein folgenreiches Ereigniß, selbst wenn nicht Handlungen in Frage stehen, die nur persönlich von dem Vollmachtgeber ausgerichtet werden können.[2]) Die §§ 218 und 220 sind in § 223 nicht aufgenommen und werden durch denselben nicht betroffen.

„auf Antrag des Bevollmächtigten". Ob der Bevollmächtigte ein Rechtsanwalt oder im Parteiprozesse eine andere Person ist, ist gleichgültig. Wie einerseits die Vorschrift des § 82 nicht so weit gehen kann, den Bevollmächtigten ein für allemal zur Fortführung des Prozesses für verbunden zu erklären und ihm die Befugniß zur Kündigung des Mandats zu entziehen, so muß dem Bevollmächtigten auch die Möglichkeit gewahrt bleiben, den Prozeß nicht eher fortzusetzen, als bis er eine neue Vollmacht und die nöthige Instruktion von den ihm zur Zeit vielleicht noch nicht einmal bekannten Rechtsnachfolgern seines Mandanten erhalten hat. Ohne eine Unterbrechung ipso jure zu statuiren, hat die Civilprozeßordnung deshalb die anzuordnende Aussetzung des

---

[1]) Vergl. über diese Bemerkung der Motive S. 408 unter „der Bevollmächtigte wird nicht gehindert."

[2]) Bes. Begr. d. E. zu § 215.

Verfahrens auf den Antrag des Bevollmächtigten gestellt. Das Gericht ist verpflichtet, demselben statt zu geben.[3]) Wie schon aus diesen Bemerkungen der Motive zu entnehmen ist, setzt der § einen wirklichen Prozeßbevollmächtigten voraus, der Geschäftsführer ohne Auftrag und der einstweilen zur Prozeßführung Zugelassene (§ 85), wenn diesem nicht schon vor dem Tode der Partei oder von deren prozeßunfähig gewordenen Vertreter vor dem Wegfall des Vertreters eine Vollmacht ausgestellt wurde, fallen nicht darunter,[4]) denn ihre Handlungen können nachträglich von der verstorbenen Partei oder dem weggefallenen Vertreter gar nicht mehr genehmigt werden.

„im Falle des Todes auch auf Antrag des Gegners". Die Rücksicht auf den Gegner, dem es allerdings nicht gleichgültig sein kann, ob er fernerweit mit ihm vielleicht gänzlich unbekannten, seinem Anspruche möglicher Weise gar nicht widersprechenden Personen streiten soll, erfordert nur so viel, daß, wie der Entwurf im Falle des Todes gethan, ihm unabhängig von der Einwilligung des Bevollmächtigten das gleiche Recht eingeräumt wird, die Aussetzung des Verfahrens zu verlangen.[5]) Also Verlust der Prozeßfähigkeit oder Wegfall des gesetzlichen Vertreters berechtigen den Gegner nicht zum Antrage auf Aussetzung des Verfahrens.

„Die Dauer der Aussetzung und die Aufnahme des Verfahrens". Ueber die Ladung vergleiche § 217 Anm. 13 und zu § 221 a. E.

§ 224.

Befindet sich eine Partei zu Kriegszeiten im Militärdienste oder hält sich eine Partei an einem Orte auf, welcher durch obrigkeitliche Anordnung oder durch Krieg oder durch andere Zufälle von dem Verkehre mit dem Prozeßgericht abgeschnitten ist, so kann dasselbe auch von Amtswegen die Aussetzung des Verfahrens bis zur Beseitigung des Hindernisses anordnen.

---

[3]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[4]) A. M. Seuffert, C.P.O. zu § 223 Nr. 1.

[5]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

„zu Kriegszeiten“. Bei Berathung des norddeutschen Entwurfs wurde mit Rücksicht auf die neuerdings hervorgetretene Erweiterung des Begriffs der „Kriegszeiten“ durch die militärtechnischen Begriffe der „Mobilmachung“ und „Kriegsbereitschaft“ ein Zusatz beschlossen, wornach nach Ausbruch eines Kriegs, wenn der Reichstag nicht versammelt sei, durch Verordnung des Bundespräsidiums Bestimmungen über das Ruhen des Verfahrens erlassen werden können.[1]) Indessen sagen auch die Motive: Die Vorschrift des § 224 ist insbesondere in Rücksicht auf die Wehrverhältnisse des Reichs, welche bei Ausbruch eines Kriegs einen großen Theil der Civilbevölkerung unter die Waffen rufen, ein Bedürfniß. Es wird also wohl eine Kriegserklärung, ein förmlicher Kriegsausbruch zur Anwendung des § 224 nothwendig sein.

Dagegen kann es keinen Unterschied machen, ob die Partei ein Ausländer oder Inländer ist, beide werden von der Civilprozeßordnung mit der Ausnahme der Prozeßkostenkaution[2]) grundsätzlich gleich behandelt und bei einem Kriege eines ausländischen Staates kann für die im ausländischen Militärdienste stehende Partei der § 224 Anwendung finden. Selbst der Umstand, daß ein ausländischer Staat mit Deutschland sich im Kriege befindet, kann die Anwendung des § 224 nicht ausschließen.

„durch obrigkeitliche Anordnung“ ꝛc. Als Beispiel mag die Absperrung wegen ansteckender Krankheiten, die Einschließung des Orts des Prozeßgerichts durch den Feind dienen. Unter „anderen Zufällen“ können dagegen auch nur solche verstanden werden, welche den Verkehr mit dem Prozeßgerichte auf längere Zeit verhindern.

---

[1]) Nordd. Entw. § 392 Abs. 2. Prot. z. nordd. E. S. 415. Die Motive zu unserm § 224 bemerken: Die an sich wünschenswerthe und zweckentsprechende Vorschrift gehört indessen nicht dem Gebiete der Prozeßgesetzgebung, vielmehr dem Verfassungsrechte an und ist deshalb in den Entwurf nicht übergegangen. Dem entgegen bemerkte der Vertreter des Bundesraths von Amsberg, wenn beim Ausbruch eines Kriegs die Einberufung des Reichstags nicht möglich sei, so müsse doch durch kaiserliche Verordnung das Verfahren gegen Militärpersonen sistirt werden können. Prot. d. J.K. S. 77. Das ist aber unstatthaft.

[2]) Die Vollstreckung eines ausländischen Urtheils hat mit der Prozeßfähigkeit nichts zu schaffen und gehört nicht hieher.

„auch von Amtswegen",[3]) also auch auf Antrag der Partei oder ihres Vertreters oder Prozeßbevollmächtigten oder auch des Parteigegners kann das Gericht das Verfahren aussetzen.

Aus der Stellung des § 224 hinter den § 223 darf nicht gefolgert werden, daß § 224 ausscheidet, wenn die Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten ist. § 224 handelt von der Aussetzung, § 223 Satz 1 von der Unterbrechung.[4])

§ 225.

Das Gesuch um Aussetzung des Verfahrens ist bei dem Prozeßgericht anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

„Das Gesuch um Aussetzung des Verfahrens". Der § 225 bezieht sich nicht blos auf die §§ 223, 224, sondern auf alle Anträge, durch die eine Aussetzung des Verfahrens veranlaßt werden soll (§§ 62, 139, 140).

„bei dem Prozeßgericht", d. h. bei dem Gericht der Instanz, in der der Rechtsstreit schwebt.

„es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden", so daß auch im Anwaltsprozesse (§ 74) die Thätigkeit eines Anwalts nicht geboten ist.

„kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen". Der Richter kann aber, wie in den andern Fällen, in denen das Gesetz gleiche Bestimmungen enthält, die Gegenpartei zur schriftlichen Erklärung auffordern, wie in der mündlichen Verhandlung hören. Fand eine mündliche Verhandlung statt, so ist auch die Entscheidung zu verkünden, außerdem von Amtswegen zuzustellen und wurde dem Gesuche statt gegeben, so beginnt mit diesem Momente die

---

[3]) Vergl. über diese Worte S. 441.

[4]) In § 392 des nordd. Entw. ist bestimmt: „so kann das Prozeßgericht auf Antrag der Partei oder des Bevollmächtigten derselben, in Ermangelung eines solchen von Amtswegen — die Aussetzung anordnen.

Aussetzung des Verfahrens. Gegen den Beschluß auf Abweisung des Gesuchs findet Beschwerde statt (§ 530).

§ 226.

Die Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens hat die Wirkung, daß der Lauf einer jeden Frist aufhört und nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung die volle Frist von Neuem zu laufen beginnt.

Die während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozeßhandlungen sind der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung.

Durch die nach dem Schlusse einer mündlichen Verhandlung eintretende Unterbrechung wird die Verkündung der auf Grund dieser Verhandlung zu erlassenden Entscheidung nicht gehindert.

„Die Unterbrechung und Aussetzung hat die Wirkung". Die Unterbrechung wird durch Thatsachen begründet, die Aussetzung durch richterliche Entscheidung, die erst mit der Verkündung oder bei einer Zustellung mit dieser (§ 294) Wirkung hat. In ihrem Erfolge stehen sich Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens durchaus gleich. Beide hemmen den Betrieb der Sache dergestalt, daß die während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache (im Gegensatze zu den die Wiederaufnahme bezielenden Schritten, mit denen sich nur die Ladung zur Verhandlung der Hauptsache verbinden kann) vorgenommenen Prozeßhandlungen der rechtlichen Wirkung entbehren; beide lassen den Lauf einer jeden Frist, namentlich auch der Nothfristen aufhören, so zwar, daß nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung die volle Frist von Neuem zu laufen beginnt. Wie diese letztere Bestimmung zur Vereinfachung des Verfahrens und zur Abschneidung von Streitigkeiten über die Fristenberechnung dienen wird, so ist sie anderseits zum Schutze der Parteien nothwendig, denen mitunter nicht die nöthige Zeit bleiben würde, wenn nur der Rest der Frist gewährt würde.[1])

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 218 Abs. 1.

„einer jeden Frist". Es fällt hierunter auch die Einspruchsfrist, dann die in § 212 Absatz 3[2]), aber nicht die in § 549 Absatz 2 erwähnte Frist, da diese während des Verfahrens nicht eintreten kann.

„Durch die nach dem Schlusse einer mündlichen Verhandlung eintretende Unterbrechung". Wenn die mündliche Verhandlung bereits geschlossen ist, auf welche die Entscheidung ergehen kann, so ist eine weitere Parteithätigkeit nicht erforderlich. Ein diese hemmendes Ereigniß bleibt deshalb einflußlos und hindert die allein noch rückständige Entscheidung nicht.[3])

„In Ansehung der Hauptsache". Wie das gemeint ist, ergiebt die Eingangs angeführte Stelle aus den Motiven. Daß eine Hauptintervention nach Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens erhoben werden kann, unterliegt nach § 62 keinem Zweifel. Die Hauptintervention ist keine Prozeßhandlung der Parteien. Dagegen kann eine Streitverkündung (§ 69), ein Antrag der Aufnahme zur Sicherung des Beweises nach erhobener Klage (§§ 447, 448), nach eingetretener Unterbrechung oder Aussetzung nicht stattfinden.[4])

„sind der andern Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung". Diese Bestimmung fällt aber unter § 267. Wenn nach Unterbrechung des Verfahrens oder dessen Aussetzung, von welcher ein ersuchter Richter nicht rechtzeitig Kenntniß erhielt, von diesem eine Zeugenvernehmung vorgenommen wurde, bleibt diese aufrecht erhalten, wenn nicht von der nicht vertretenen Partei die Vornahme nach § 267 gerügt wird. Es ist übrigens zweifelhaft, ob in solchen Fällen überhaupt eine Beanstandung eintreten kann; denn ein vor der Unterbrechung oder Aussetzung erlassener Beweisbeschluß ist keine von der Partei während der Unterbrechung oder Aussetzung vorgenommene Prozeßhandlung (Abs. 2 des §).

---

[2]) Z. B. wenn auf Grund der ersten Alternative des § 224 eine Aussetzung des Verfahrens bei einem mehrjährigen Kriege stattfand.

[3]) Bes. Begr. d. E. a. a. O. Abs. 2. Aber die Vereinbarung, daß das Verfahren ruhen soll, hindert diese. Vergl. zu § 228 unter „die Parteien können vereinbaren".

[4]) § 454 verglichen mit §§ 322, 362, 367.

Absatz 3 des § spricht nur von Unterbrechung, nicht wie Absatz 1 und 2 auch von Aussetzung des Verfahrens. Der Grund ist klar. Die Aussetzung des Verfahrens kann gerade auf Grund einer mündlichen Verhandlung erfolgen (§§ 139, 140) und, so lange hier die Aussetzung besteht, natürlich keine weitere Entscheidung erlassen werden. Es ist übrigens daran zu erinnern, daß Aussetzung des Verfahrens und Aussetzung der Verhandlung nicht strenge zu unterscheiden sind.[5])

„Verkündung der — Entscheidung". Darunter fällt, wie auch in den angeführten Motiven erwähnt, auch die Zustellung (§ 294). Es lassen sich übrigens doch Fälle denken, daß zwischen dem Schlusse der Verhandlung und der in einem späteren Termine stattfindenden Verkündung des Urtheils eine Aussetzung des Verfahrens stattfinden kann, z. B. wenn nach der Verhandlung auf Grund des § 258 ein Zeuge zugesteht, daß er falsch geschworen hat, in Untersuchung gezogen wird und vor der Verkündung des Urtheils eine Partei die Aussetzung beantragt. In solchen Fällen kann die Verkündung des Urtheils, trotzdem Abs. 3 von der Aussetzung des Verfahrens schweigt, nicht stattfinden, aber nach Umständen eine Wiederaufnahme der Verhandlung.

§ 227.

Die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens und die in diesem Titel erwähnten Anzeigen erfolgen durch Zustellung eines Schriftsatzes.

„Die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens" bezieht sich nicht, wie die in diesem Titel erwähnten Anzeigen, auch nur auf diesen Titel, sondern, wie schon aus den zu § 217 angeführten Motiven hervorgeht, auf alle Fälle, in denen die Civilprozeßordnung eine Aussetzung gestattet (§ 62, 139, 140, 580).

„die in diesem Titel erwähnten Anzeigen", also in den Fällen der §§ 219, 220, 221.

---

[5]) Vergl. die Bemerk. zu § 139 und die zu § 217 angeführte Stelle aus den Motiven.

„erfolgen durch Zustellung eines Schriftsatzes". Entsprechend dem Modus, in welchem der Prozeßbetrieb durch die Partei überhaupt vor sich geht, geschieht auch die Wiederaufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens, mag sie sich als förmliche Reassumtionserklärung oder als bloße Anzeige gestalten, sofern sie nicht in der mündlichen Verhandlung erklärt wird, durch Zustellung eines Schriftsatzes. Zugleich wird in dieser Form ein fester Zeitpunkt für die Beendigung der Unterbrechung und Aussetzung gewonnen, was rücksichtlich des damit zusammenfallenden Wiederbeginns der Fatalien durchaus unentbehrlich erscheint. Für Nichtanwaltsprozesse vergl. § 462.[1]) Eine nach Tagen bestimmte Frist beginnt am Tage nach der Zustellung des Schriftsatzes zu laufen (§ 199).

Der norddeutsche Entwurf § 383 stimmt mit unserem § 227. Bei Berathung desselben wurde gleichfalls nicht bezweifelt, daß die Wiederaufnahme-Erklärung in der Audienz (ohne vorgängige Zustellung) abgegeben werden könne, ferner bemerkt: Uebrigens war man einig, daß da, wo wirklich eine Wiederaufnahme des Verfahrens erforderlich sei, diese sowie die — vorgeschriebenen Anzeigen und Mittheilungen, wenn sie nicht bei der mündlichen Verhandlung erklärt werden, durch einen — Schriftsatz erfolgen.[2]) Diese Bemerkungen sowie die Motive stehen nur scheinbar im Widerspruche mit dem Texte des § 227. Es soll damit ausgedrückt werden, daß nicht immer die Zustellung eines Schriftsatzes nothwendig ist. War z. B. der Beklagte zur mündlichen Verhandlung vor ein nur mit einem Amtsrichter bestelltes Amtsgericht geladen und ist dieser vor dem Verhandlungstermine gestorben und das Verfahren hiedurch unterbrochen (§ 222), so kann der Kläger sofort nach Wiederbesetzung der Stelle den Beklagten wiederholt zur mündlichen Verhandlung laden und in dieser erklären, daß er das unterbrochene Verfahren wieder aufnehme, wenn überhaupt eine solche Erklärung nothwendig sein sollte, was zu bezweifeln ist. Daß das Gericht, wenn es von

---

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 219.

[2]) Prot. z. nordd. E. S. 426, 1493.

Amtswegen ein ausgesetztes Verfahren wieder aufnimmt, auch die Parteien von Amtswegen ladet, ist schon zu § 139 erwähnt worden.[3])

§ 228.

Die Parteien können vereinbaren, daß das Verfahren ruhen solle. Die Vereinbarung hat auf den Lauf der Nothfristen keinen Einfluß.

Erscheinen in einem Termine zur mündlichen Verhandlung beide Parteien nicht, so ruht das Verfahren, bis eine Partei eine neue Ladung zustellen läßt.

„Die Parteien können vereinbaren". In der Begründung zum fünften Titel wird bemerkt: „Sind die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend übereingekommen, den Prozeß auf bestimmte oder unbestimmte Zeit nicht fortzusetzen, so hört auch die Prozeßthätigkeit des Gerichts auf. Diesen freiwilligen Stillstand des Prozesses bezeichnet der Entwurf als „Ruhen des Verfahrens", das Verfahren nimmt in einem solchen Falle dadurch seinen Fortgang, daß die eine oder andere Partei den Gegner zur mündlichen Verhandlung ladet (§ 191). Eine Frist hiefür ist keinem Theile gesetzt." Aber auch eine Zeitbestimmung, wann das Ruhen eintreten soll, eine Form der Vereinbarung zu geben, hat das Gesetz unterlassen, Alles das in das Belieben der Parteien stellend. Auch nach der mündlichen Verhandlung kann die Vereinbarung getroffen werden, so daß nicht einmal mehr die Publikation der Entscheidung erfolgen kann. Der Abs. 2 des § enthält ein Beispiel der faktischen, durch konkludente Handlungen erklärte Vereinbarung ohne jede Form. Steht nun blos eine mündliche Verhandlung in Aussicht, so kann bei dem Ausbleiben der Parteien (Abs. 2) jede weitere Anzeige unterbleiben, nicht aber, wenn Zeugenvernehmungen u. dgl.[1]) vorzunehmen sind, solche werden auch ohne Erscheinen der Parteien abgehalten, wenn die Verein=

---

[3]) S. 543.

[1]) Bes. Begr. d. E. zu § 209—221.

barung, ohne daß das Gericht hievon Kenntniß erhält, nach dem Beweisbeschlusse stattfand.

„daß das Verfahren ruhen solle“. Diese Bestimmung rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß die Verhandlung über den Rechtsstreit von dem Willen der Parteien abhängig ist und die Gerichte nicht berufen sind, einen Rechtsstreit gegen den Willen der Parteien durch Abgabe eines Urtheils zur Erledigung zu bringen.[2])

„auf den Lauf der Nothfristen keinen Einfluß“. Vorausgesetzt wird, daß die Nothfristen auch wirklich im Lauf sind. Bei der Zustellung eines Urtheils während des Ruhens des Verfahrens beginnt eben der Lauf der Nothfrist gar nicht, da die Zustellung wirkungslos ist. § 226 Abs. 2 trifft auch das Ruhen des Verfahrens mit Ausnahme des schon begonnenen Laufs der Nothfristen.

Die Willkür der Parteien kann auf den Lauf der Nothfristen keinen Einfluß äußern, da die Vorschriften, welche die Fristen betreffen, im Wege der öffentlichen Ordnung gegeben sind.[3]) Das ist aber auch bei der Frist des § 212 Abs. 3 der Fall, auch sie kann nicht verlängert werden. Aber sie ist vom Gesetze nicht als Nothfrist bezeichnet (§ 201 Abs. 3) und daher der Bestimmung des Abs. 1 des § 228 nicht unterworfen.[4])

„Erscheinen — beide Parteien nicht“. Bei dem Ausbleiben beider Parteien in einem Termine tritt ein Ruhen des Prozesses nur dann ein, wenn dieser Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt war; in Terminen, welche zu andern Zwecken stattfinden, wird das Verfahren, soweit es überhaupt möglich ist, unbedenklich und ohne in Widerspruch mit dem präsumtiven Willen der Parteien zu treten, fortgesetzt werden können; insbesondere ist deshalb die Verkündung der gerichtlichen Entscheidungen (§§ 283, 294) sowie die Beweisaufnahme (§ 332) von der Anwesenheit der Parteien nicht abhängig. Die Vereinbarung der Parteien, daß

---

[2]) Bes. Begr. d. E. zu § 220.

[3]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[4]) A. M. Seuffert, C.P.O. zu § 228 Nr. 1.

das Verfahren ruhen solle, hemmt aber auch diese Thätigkeiten des Gerichts.[5]) Es kann also auch nach dem Schlusse der Verhandlung und vor Verkünden des Urtheils die Vereinbarung getroffen werden, daß das Verfahren ruhen solle. Wenn in der mündlichen Verhandlung nur eine Partei erscheint und trotz der Vereinbarung einen Kontumazialantrag stellt, so muß der Richter bei den sonstigen Voraussetzungen Versäumungsurtheil erlassen und dem Kontumazirten bleibt nichts übrig, als Einspruch zu erheben.

Ein Erlöschen des Prozesses durch längeren Zeitablauf (Peremption der Instanz) wurde in der Civilprozeßordnung nicht aufgenommen.

§ 229.

Gegen die Entscheidung, durch welche auf Grund der Vorschriften dieses Titels oder auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen die Aussetzung des Verfahrens angeordnet oder abgelehnt wird, findet Beschwerde, im Falle der Ablehnung sofortige Beschwerde statt.

Man kann den § 229 nicht in der Art auffassen, daß auch eine Aussetzung ohne Rücksicht auf eine gesetzliche Bestimmung zulässig sei und dann keine Beschwerde stattfinde. Das geht aus den Verhandlungen der Justizkommission klar hervor.[1]) Reichstagsabgeordneter Struckmann hat bei Berathung des § die Fassung beantragt: Das Gericht kann nur auf Grund dieses Gesetzes die Aussetzung des Verfahrens anordnen, wobei er bemerkte, sein Antrag bezwecke, einen im § 229 (221 des Entw.) versteckt liegenden Gedanken deutlich zum Ausdruck zu bringen und die Möglichkeit auszuschließen, daß aus andern als den im Gesetze selbst vorgesehenen Gründen, z. B. zufolge eines Kabinetsbefehls, eine Aussetzung des Verfahrens eintreten könne, zog aber diesen Antrag wieder zurück, nachdem darauf hingewiesen wurde, daß gegen den Versuch, auf dem Wege der Landesgesetzgebung Mißbräuche einzuführen, die Reichs-

---

[5]) Bes. Begr. d. E. a. a. O.

[1]) Das wurde aber auch in den Motiven vollkommen anerkannt. Vergl. zu § 217 unter „wie eingreifend die richterliche Anordnung u. s. w." S. 683.

gesetzgebung da sei, um Abhülfe zu schaffen, auch die nach dem Gerichtsverfassungsgesetze aufrecht erhaltenen bewährten Bestimmungen über das Verfahren bei Agrargerichten in Württemberg durch den Antrag betroffen würden.[2])

„anderer gesetzlicher Bestimmungen". Darunter fallen zunächst die übrigen desfallsigen in der Civilprozeßordnung enthaltenen Bestimmungen,[3]) dann aber auch alle in Reichsgesetzen schon enthaltenen und in künftigen Reichsgesetzen zu schaffenden Bestimmungen über Aussetzung des Verfahrens, namentlich ist aber hier § 15 Nr. 1 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung zu berücksichtigen.[4])

„angeordnet wird". Also gegen jede Anordnung der Aussetzung, auch wenn solche ohne Antrag erfolgte.

„findet Beschwerde statt". Wenn der § sagt, gegen die Entscheidung, durch welche — die Aussetzung — abgelehnt wird, findet Beschwerde, im Falle der Ablehnung sofortige Beschwerde statt, so ist das allerdings nicht deutlich. Es soll damit bestimmt werden, daß jeder Partei die Beschwerde zusteht, wenn die Aussetzung des Verfahrens ohne Antrag erfolgt, wenn sie auf Antrag erfolgt dem Prozeßgegner, wenn sie abgelehnt wird dem Gegner[5]) des Antragstellers, während diesem die sofortige Beschwerde zusteht.

Die Motive bemerken hiezu lediglich: Für den Fall der Ablehnung eines Aussetzungsgesuchs war die sofortige an eine kurze Nothfrist gebundene Beschwerde das geeignete Rechtsmittel, um für den Fortgang des Verfahrens und dessen Rechtsbeständigkeit eine der Rechtskraft ähnliche unverrückbare Basis zu gewinnen.[6])

Aus dem Bemerkten ergiebt sich, daß § 229 ebenso gut wie § 225 für die §§ 62, 139, 140, 580 besteht.

---

[2]) Prot. d. J.K. S. 76—77.

[3]) Vergl. die Bemerkungen aus den Motiven zu § 217.

[4]) S. 547.

[5]) Dem unter Umständen daran gelegen sein kann, daß dem Antrage statt gegeben wird.

[6]) Bes. Begr. d. E. zu § 221.

Kru

Kleiner, Otto

Kommentar zur Civilprozeßordnung für das deutsche Reich Nach d. Quellen bearb. mit bes. Berücksichtigung d. Gesetzgebung in Bayern, Sachsen u. Wü rttemberg
Bd.: 1

Würzburg 1878